

Ren idrett på bekostning av utøveren?



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 629

Leveringsfrist: 25.04.2012

Til sammen 17188 ord

24.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING OG TEMA</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>BEGREPER OG AVGRENSNINGER</u>	<u>2</u>
<u>3</u>	<u>AKTØRER, REGELVERK OG DOMSORGANER</u>	<u>3</u>
3.1	Aktører	3
3.1.1	Norges idrettsforbund og olympiske og paralympiske komité (NIF)	3
3.1.2	World Anti-Doping Agency (WADA)	3
3.1.3	Antidoping Norge (ADN)	4
3.2	Regelverk	4
3.2.1	Norges idrettsforbund og olympiske og paralympiske komités lov (Nifl.)	4
3.2.2	World Anti-Doping Code (WADC)	4
3.3	Domsorganer	4
3.3.1	Doms- og appellutvalget	4
3.3.2	Court of Arbitration for Sports (CAS)	5
3.3.3	De alminnelige domstolene	6
<u>4</u>	<u>RETTSUTVIKLINGEN AV IDRETTENS DOPINGREGLER</u>	<u>6</u>
<u>5</u>	<u>KOMMER MENNESKERETTIGHETENE TIL ANVENDELSE I NORSKE DOPINGSAKER?</u>	<u>8</u>
5.1	Innledning	8
5.1.1	Rettslig utgangspunkt	9
5.1.2	Statelig innblanding i idretten og antidopingarbeidet	9
5.1.3	"Drittwirkung-doktrinen"	11
5.1.4	NIF som den sterke avtalepart	12
5.1.5	Konvensjoner	13
5.1.6	EMDpraksis	13

5.1.7	Sveitsisk høyesterettspraksis	13
5.1.8	Voldgiftspraksis	14
5.1.9	Juridisk teori	14
5.1.10	WADAs synspunkter	15
5.1.11	Kommer EMK til anvendelse i sammenlignbare situasjoner?	16
5.1.12	Konklusjon	16
6	<u>EMK ART. 6</u>	17
6.1	Innledning	17
6.2	EMK art. 6 (1)	18
6.2.1	Anvendelsesområdet for EMK art. 6 (1)	18
6.2.2	Innholdet i EMK art. 6 (1)	20
6.3	EMK art. 6 (2)	22
6.3.1	Anvendelsesområdet for EMK art. 6 (2)	22
6.3.2	Innholdet i EMK art. 6 (2)	23
7	<u>ADGANGEN TIL Å HA REGLER SOM INNSKRENKER MENNESKERETTIGHETENE</u>	26
7.1	Innledning	26
7.1.1	Hjemmelskrav	26
7.1.2	I offentlighetens interesser	26
7.1.3	Proporsjonalitetsprinsippet	27
7.2	Konklusjon	27
8	<u>TO ÅRS UTELUKKELSE</u>	28
8.1	Innledning	28
8.1.1	Regelens opprinnelse	28
8.1.2	Objektivt ansvar	29
8.1.3	Bevisbyrden	29
8.1.4	”Særskilte stoffer”	30

8.1.5	”Forbudte stoffer”	31
8.2	Kommer EMK art. 6 (2) til anvendelse i dopingsaker hvor en utøver ilegges to års utelukkelse fra konkurranser?	31
8.2.1	”Nasjonal klassifisering”	32
8.2.2	”Lovbruddets karakter”	32
8.2.3	”Innholdet og alvoret av sanksjonen”	33
8.2.4	Konklusjon	34
8.3	Er skyldpresumsjonen i Nifl. i strid med EMK art. 6 (2)?	34
8.3.1	Uskyldpresumsjoner og objektivt ansvar	34
8.3.2	Proporsjonalitetsvurdering	34
8.3.3	Begrunnelsen for skyldpresumsjon i norske dopingsaker	35
8.3.4	Disculperingsadgang	36
8.3.5	Andre konsekvenser skyldpresumsjonen har for utøveren	43
8.3.6	Konklusjon	43
9	<u>DISKVALIFIKASJON</u>	44
9.1	Innledning	44
9.1.1	Diskvalifisering fra en enkeltkonkurranse	44
9.1.2	Diskvalifisering fra stevner	45
9.1.3	Hvorfor skille mellom diskvalifisering fra en enkeltkonkurranse og stevner?	46
9.2	Er diskvalifisering fra en enkeltkonkurranse en sanksjon?	47
9.2.1	Konklusjon	49
9.3	Kommer EMK art. 6 (1) til anvendelse i dopingsaker hvor en utøver blir diskvalifisert fra en enkeltkonkurranse?	50
9.3.1	Gjelder kun ved avgjørelsen av saken	50
9.3.2	Avgjørelsen må angå en seriøs tvist	50
9.3.3	"Civil right"	50
9.3.4	Konklusjon	51
9.4	Er diskvalifisering av en utøver fra en enkeltkonkurranse i strid med EMK art. 6 (1)?	52
9.4.1	"Tribunal"	52
9.4.2	Prøvingskompetansen	52

9.4.3	Delkonklusjon	52
9.4.4	Adgangen til å regler som innskrenker menneskerettighetene	53
9.4.5	Proporsjonalitetsvurdering	53
9.4.6	Begrunnelsen for diskvalifiseringsregelen i norske dopingsaker	53
9.4.7	Konsekvenser diskvalifiseringsregelen kan få for utøveren	54
9.4.8	Konklusjon	55
9.5	Kommer EMK art. 6 (2) til anvendelse i dopingsaker hvor en utøver blir diskvalifisert fra en enkeltkonkurransen?	55
9.5.1	”Nasjonal klassifisering”	56
9.5.2	”Lovbruddets karakter”	56
9.5.3	”Innholdet og alvoret av sanksjonen”	57
9.5.4	Konklusjon	57
<u>10</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>57</u>
10.1	En mer rettsikker prosess	57
10.2	Lengre utelukkelse	58
10.3	Kan en rettsikker prosess legitimere lengre utelukkelse?	59
10.4	WADC 2013	60
<u>11</u>	<u>LOVER OG FORARBEIDER</u>	<u>61</u>
<u>12</u>	<u>DOMSREGISTER</u>	<u>62</u>
<u>13</u>	<u>KILDER</u>	<u>65</u>

1 Innledning og tema

I løpet av det siste tiåret har flere høyt profilerte toppidrettsutøvere forsvunnet ut av idretten grunnet doping. I dagens profesjonaliserte idrettsverden kan en dopingdom bety slutten for en toppidrettsutøvers idrettskarriere. I et samfunn som dyrker vinnere har mange unge idrettsutøvere toppidrettsutøvere som forbilder. De fleste toppidrettsutøvere er av den oppfatning at det ikke finnes snarveier til toppen. En slik holdning ønsker idretten å formidle til unge idrettsutøvere. Utøvere som forsøker å jukse ved å benytte seg av dopingmidler er det i alles interesse å avsløre. Ettersom alle parter ønsker en dopingfri idrett kan den negative stigmatiseringen av en dopingmistenkt toppidrettsutøver fort bli meget stor, i flere tilfeller på høyde med personer som er siktet for kriminelle handlinger. Få trenere, sponsorer eller støttepersonell ønsker å assosiere seg med en utøver som er anmeldt for doping. Konsekvensen blir ofte at en toppidrettsutøver som anmeldes for brudd på dopingreglene risikerer å stå alene i det vedkommende skal ta fatt på karrierens største utfordring: Å forsøke og bevise sin uskyld.

Oppgavens problemstilling er om reglene om objektivt ansvar, skyldpresumsjoner og bevisbyrde ved behandling av norske dopingsaker strider med grunnleggende rettsprinsipper og menneskerettigheter. Jeg vil også presentere endringer som kan bidra til et mer balansert rettssystem.

Temaet for oppgaven er valgt på grunn av en faglig interesse for problemstillingen, men også på grunn av et personlig engasjement for idretten. Engasjementet for idretten har jeg utviklet ved å være praksisende trener for junior og U23 syklist og konkurransesyklist på nasjonalt nivå.

Oppgaven innledes med en gjennomgang av aktører, regelverk og domsorganer innenfor idretten. Videre redegjøres det for rettsutviklingen av idrettens regler for behandling av

dopingsaker. Om menneskerettigheter kommer til anvendelse i norske dopingsaker drøftes deretter. Det følger så en teoretisk gjennomgang av hvilke menneskerettigheter og idrettsregler som vil bli behandlet. Det vurderes om de aktuelle menneskerettighetene kommer til anvendelse på de utvalgte idrettsreglene og om reglene eventuelt strider med dem. Avslutningsvis diskuteres hvordan funnene i oppgaven kan bidra til å gjøre kampen mot doping til en mer effektiv og rettssikker prosess.

2 Begreper og avgrensninger

Oppgaven er avgrenset til å behandle dopingsaker. Avgrensningen er gjort ut i fra et ønske om å sette fokus på et rettsområde hvor det idømmes relativt inngripende sanksjoner uten at nødvendigvis menneskerettigheter og generelle rettsikkerhetsprinsipper overholdes.

Det følger av Nifl.¹ § 12-1 (1) at dopingreglene gjelder for ethvert medlem av et idrettslag tilsuttet NIF.² Ettersom NIF har en medlemsbase på omlag 2 millioner favner regelverket meget vidt. De fleste som er medlem av et idrettslag knyttet til NIF driver idrett på et amatørnivå. Det vil si at sanksjoner for brudd på dopingreglene som utelukkelse fra idretten og diskvalifikasjon sjeldent vil være spesielt inngripende. For toppidrettsutøvere vil situasjonen være en annen. De negative konsekvensene i forhold til økonomi, publisitet og stigmatisering vil kunne bli meget store. Oppgaven er derfor avgrenset til å gjelde for toppidrettsutøvere.

Den idrettslige definisjonen og anvendelse av begrepet doping fremkommer av Nifl. § 12-2. Ifølge bestemmelsen anvender idretten begrepet doping vidt. I denne oppgaven vil begrepet doping kun bli brukt om ulovelige stoffer og positive dopingprøver avlagt under en idrettskonkurranse.

¹ Se pkt. 3.2.1

² Se pkt. 3.1.1

Hva som anses å være ulovlige stoffer fremkommer av WADAs³ internasjonale dopingliste, jf. Nifl. § 12-2 (2). Listen skiller mellom særskilte og forbudte stoffer.⁴ Listen oppdateres fortløpende, og ny liste trer i kraft 1. januar hvert år. ADN⁵ har i tillegg utarbeidet en liste over legemidler som inneholder ulovlige stoffer og som selges på det norske markedet.

3 Aktører, regelverk og domsorganer

3.1 Aktører

3.1.1 Norges idrettsforbund og olympiske og paralympiske komité (NIF)

Den første idrettsorganisasjonen i Norge ble dannet i 1861 og fikk navnet Centralforeningen for Udbredelse af Legemsøvnninger og Vaabenbrug. I 1940 slo organisasjonen seg sammen med Arbeidernes idrettsforbund. Organisasjonen innledet et samarbeid med Norges olympiske komité, som hadde ansvaret for Norges deltakelse i de olympiske leker. Idrettstinget besluttet i 1996 å slå organisasjonene sammen for en mer rasjonell bruk av ressurser samt å styrke idrettens stilling i samfunnet. Sammenslåingen førte til dannelsen av NIF. NIF er i dag Norges øverste organ innenfor idretten.

3.1.2 World Anti-Doping Agency (WADA)

WADA ble stiftet i Sveits i 1999 av International Olympic Committee (IOC). WADA er en privatrettslig stiftelse underlagt sveitsisk lovgivning med hovedsete i Canada. Stiftelsen har som formål å utarbeide en sammenfallende politikk på antidopingfeltet, ved å fremme harmonisering av nasjonale dopingregler, disiplinære prosedyrer og dopingsanksjoner.

³ Se pkt. 3.1.2

⁴ Se pkt. 8.1.3 og 8.1.4

⁵ Se pkt. 3.1.3

3.1.3 Antidoping Norge (ADN)

ADN er en stiftelse opprettet av NIF og Kulturdepartementet i 2003. Stiftelsen ble dannet for å sikre at kontroll og påtalevirksomhet i forbindelse med dopingsaker ble organisert uavhengig av NIF og staten. Ifølge Nifl. § 12-22 har ADN påtale- og kontrollansvaret i dopingsaker. ADN arbeider for en ærlig og dopingfri idrett. Det gjøres gjennom formidling av informasjon, forebyggende arbeid, dopingkontroller, forskning og et internasjonalt samarbeid med andre antidopingaktører.

3.2 Regelverk

3.2.1 Norges idrettsforbund og olympiske og paralympiske komités lov (Nifl.)

I henhold til prinsippet om foreningsfriheten har NIF utarbeidet et eget lovverk for idretten, Nifl. Loven gjelder for alle organisasjonsledd og all aktivitet organisert under NIF, jf. Nifl. § 1-1 4. ledd.

Nifl. kap. 12 regulerer all aktivitet i antidopingarbeidet. Bestemmelsene skal være i samsvar med reglene i WADC.⁶

3.2.2 World Anti-Doping Code (WADC)

WADC ble utarbeidet av WADA i 2003 og trådte i kraft 1. januar 2004. Målsetningen var å danne et reglement som skulle utgjøre et grunnlag for å harmonisere alle lands og idrettsforbunds dopingreglementer. Det presumeres at Nifl. er i samsvar med WADC, jf. Nifl. § 12-1 (4) 1. pkt. Skulle det imidlertid oppstå tolkningstvil eller motstrid har WADC forrang, jf. Nifl. § 12-1 (4) 2. pkt.

3.3 Domsorganer

3.3.1 Doms- og appellutvalget

NIF bygger på prinsippet om selvdømme, jf. Nifl. § 2-21. Tvister etter Nifl. avgjøres derfor i utgangspunktet av idrettens egne domsorganer. Dopingsaker behandles i førsteinstans av

⁶ Se pkt. 3.2.2

NIFs domsutvalg, jf. Nifl. § 12-13 (3). Avgjørelsene kan imidlertid ankes jf. Nifl. § 12-15 (1). Ankeinstansen er appellutvalget, jf. Nifl. § 12-15 (2), med unntak for WADA som kan anke avgjørelsen fra domsutvalget direkte til CAS.⁷ Doms- og appellutvalget er uavhengige i den forstand at de ikke er underlagt styrende organers instruksjonsmyndighet, jf. Nifl. § 4-6 4. ledd.

3.3.2 Court of Arbitration for Sports (CAS)

På begynnelsen av 1980-tallet var det en markant økning i antall internasjonale sportsrelaterte tvister. Fraværet av en uavhengig myndighet som spesialiserte seg på slike tvister og som hadde myndighet til å fatte bindende vedtak ble tydelig. Det medførte at idrettsorganisasjoner begynte å undersøke muligheten for å etablere et eget domsorgan. Etter initiativ fra IOC ble statuttene for CAS nedtegnet og ratifisert i 1983 og CAS ble satt i drift i 1984. CAS er den øverste domsinstansen for behandling av dopingsaker. Ettersom de fleste land og idrettsforbunds dopingreglementer er harmonisert vil rettspraksis fra CAS være relevant for tolkningen av Nifls. dopingbestemmelser.

Appellutvalgets avgjørelser som omhandler utøvere oppført på en særskilt liste utarbeidet av aktuelt internasjonalt særforbund kan ankes til CAS, jf. Nifl. § 12-15 (8) 1. pkt. Det er idrettsutøvere som konkurrerer på det høyeste nivået innenfor sin idrettsgren som er oppført på særskilt liste. Utøverne er underlagt strengere krav i forhold til å måtte oppgi informasjon om hvor de bor, trener, er på samlinger og konkurrerer. De må oppgi ett daglig treffpunkt for å gjøre seg tilgjengelige for uanmeldte dopingkontroller.

WADA eller internasjonalt særforbund kan anke til CAS i samsvar med regler i CAS-koden, jf. Nifl. § 12-15 (8) 2. pkt.

⁷ Se pkt. 3.3.2

3.3.3 De alminnelige domstolene

Idrettslige tvister avgjøres av NIFs domsorganer. Det betyr ikke at de alminnelige domstolene er avskåret fra å prøve avgjørelsene. Prøvelsesadgangen vil dog være begrenset.

De alminnelige domstolene er i utgangspunktet avskåret fra å behandle saker hvor det foreligger en voldgiftsavgjørelse, jf. voldgiftsloven § 7. Det gjelder imidlertid kun hvor partene har inngått avtale om voldgiftsbehandling.

Hvor omfattende prøvelsesadgang til de alminnelige domstolene er og om CAS som ankeinstans medfører at det ikke er mulig å få saken prøvet for alminnelige norske domstoler blir ikke nærmere behandlet i denne oppgaven.

4 Rettsutviklingen av idrettens dopingregler

Norsk og internasjonal idrettsjus på 80- og 90-tallet anså det som viktig at idrettens regler i dopingsaker samsvarte med grunnleggende rettsprinsipper og menneskerettigheter. Et eksempel på dette var NIFs forhold til Europarådets Anti-dopingkonvensjon fra 1989. Et viktig punkt i denne konvensjonen, art. 7. punkt 2. d, var at staten skulle oppmuntre sine idrettsorganisasjoner til å harmonisere organisasjoners saksbehandlingsregler i disiplinærsaker slik at de kom i overensstemmelse med anerkjente prinsipper og konvensjoner om rettfærdig rettergang. Dette ble fulgt opp i 1999 idet idrettstinget fjernet en potensielt konvensjonsstridig regel i Nifl. § 12-4 første ledd hvor det fremkom at når en positiv dopingprøve er fastslått, har utøveren bevisbyrden for at uaktsomhet eller forsett ikke foreligger og eventuell tvil om faktum. At regelen ble fjernet var sannsynligvis en konsekvens av at en slik bevisbyrderregel kunne komme i strid med uskyldspresumsjonen. I

1999 ferdigstilte en komité i Europarådet en rapport⁸ som omhandlet Norges oppfylling av Anti-dopingkonvensjonen. Angående oppfyllelse av art. 7 punkt 2 litra d var kontrollgruppens konklusjon blant annet at *"The government and NIF have fully complied with art. 7 2 d"*.

Dopingskandalen i Tour de France i 1998 markerer et skille i kampen mot doping i idretten. Rett før Tour de France skulle starte ble et stort antall dopingpreparater funnet i en lagbil. Funnet ledet til en rekke dopingavsløringer innen sykkelporten. Idretten anså etter dette doping i større grad som et globalt problem og så behovet for å få til et internasjonalt samarbeid i kampen mot doping. Det resulterte i at WADA ble stiftet og at stiftelsen utarbeidet WADC.

WADA har ingen stater som medlemmer. Det vil si at WADA ikke har noe jurisdiksjon over nasjonale idrettsorganisasjoner og heller ingen myndighet til å kreve at de innfører WADC. IOC satte imidlertid implementering av WADC i de ulike nasjonale idrettsorganisasjoners regelverk som en betingelse for å kunne delta i de olympiske leker i Athen 2004. Det fungerte som et effektivt pressmiddel. I Norge ble kravet oppfylt ved at WADC ble integrert i Nifl. kapitel 12 med virkning fra 1. juni 2004. Implementeringen av WADC medførte store endringer i dopingregelverket i Nifl. Det ble innført regler om objektivt ansvar, strengere bevisbyrde for den anmeldte utøveren samt en lettelse av bevisbyrden til påtaleorganet.

Ikke alle fant endringene WADC medførte like uproblematisk. NIFs lovutvalg fikk presentert utkastet til WADC i 2003 før reglene ble implementert i Nifl. Lovutvalget var av den oppfatning at en regel om objektivt ansvar ville være i strid med Nifl. Lovutvalget konkluderte med at Nifl. måtte formuleres på en måte som ivaretar visse minimumsvilkår for en forsvarlig rettsprosess og henviste til "Anti-dopingkonvensjonen" fra 1989 art. 7. 2.

⁸ "Compliance with Commitments Project". Respect by Norway of the Anti-Doping Convention

d om at rettergangsgarantier må respekteres.⁹ NIF valgte likevel å innføre en regel om objektivt ansvar. Nifl. § 12-2 (1) a ble lagt til. Bestemmelsen innebærer at det foreligger et regelbrudd ved tilstedeværelse av et forbudt stoff i dopingprøven, uavhengig av skyld.

I motsetning til "Anti-dopingkonvensjonen" fra 1989 som fremhevet viktigheten ved å respektere etablerte rettergangsprinsipper flyttet fokuset seg bort fra utøvernes rettsikkerhet og over til en effektiv dopingbekjempelse ved innføringen av WADC.

WADAs tilnærming til dopingproblematikken har på mange måter vært vellykket. En har fått harmoniserte dopingregler på tvers av landegrensene slik at utøvere uansett nasjonalitet i stor grad er underlagt de samme reglene. En har også fått effektive sanksjonsregler slik at idretten i større grad har blitt kvitt de som forsøker å drive idrett på uærlig vis. Problemet er imidlertid at reglene har svekket rettsikkerheten til den anmeldte utøveren betraktelig.

5 Kommer menneskerettighetene til anvendelse i norske dopingsaker?

5.1 Innledning

Fokuset vil være på om menneskerettighetene som følger av Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) kommer til anvendelse i norske dopingsaker. Denne tilnærmingen til menneskerettighetene er gjort fordi EMK er en del av norsk rett i medhold av Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett og fordi EMK håndheves av en internasjonal domstol, Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). Norske dopingbestemmelser er harmonisert med WADCs regler. Dermed vil det si at synspunkter om EMK kommer til anvendelse i dopingsaker som behandles etter WADCs regler også vil være av interesse i forhold til om EMK kommer til anvendelse i norske dopingsaker.

⁹ NIFs Lovutvalg (2003)

5.1.1 Rettslig utgangspunkt

Menneskerettighetene er skapt for å beskytte individet mot overgrep fra staten. Statene er bundet av EMK, jf. EMKs fortale. Menneskerettigheter er ikke fra et klassisk synspunkt ment å komme til anvendelse mellom private parter. Det vil si at EMK kun kommer til anvendelse hvor idrettsforbundet har fått delegert myndighet fra staten. Det er tilfellet for det franske nasjonale idrettsforbund. I de fleste land er idrettsforbund og deres disiplinærorganer private organisasjoner som ikke utøver makt delegert fra staten. Dette gjelder for eksempel Tyskland, Storbritannia, USA, Sveits og Norge. Disse organisasjonene vil i utgangspunktet ikke være underlagt EMK.

5.1.2 Statelig innblanding i idretten og antidopingarbeidet

Den norske stat er betydelig økonomisk og politisk innblandet i idretten og antidopingarbeidet. Det kan tale for at organiseringen av idretten likevel må anses som en statelig oppgave delegert til NIF. Er dette tilfellet vil EMK kunne komme til anvendelse i NIFs håndtering av dopingsaker. Stater kan ikke skjule seg bak manglende ansvar ovenfor EMK ved å delegere myndighet til andre organisasjoner. Andre rettslige problemstillinger som vil kunne følge hvis NIF anses å være en offentlig organisasjon vil imidlertid ikke bli behandlet i denne oppgaven.

Idretten generelt og NIF mottar store økonomiske bidrag fra staten. I 2011 ble 1581,2 millioner tildelt til idrettsformål, hvor 566 av disse millionene gikk til NIF direkte.¹⁰ Når NIF mottar spillemidler fra Kulturdepartementet følger det med et tilskuddsbrev.¹¹ I tilskuddsbrevet fremkommer det ikke noe detaljert øremerking av midlene. Staten har dog klare mål som den forventer at NIF skal oppnå ved tildeling av tilskuddet. Følgelig kan det sies å være en form for statelig styring av de økonomiske midlene NIF mottar fra staten.

¹⁰ "Hovedfordelingen til idrettsformål"

¹¹ "Tilskuddsbrev til NIF 2012"

NIF lanserte sitt idrettspolitiske dokument på idrettstinget i 2011.¹² Dokumentet fremhever de viktigste målene og oppgavene innenfor idrettsbevegelsen i tidsperioden 2011 til 2015. I henhold til dokumentet ser NIF for seg en økning fra "Hovedfordelingen til idrettsformål" til minst 2,5 milliarder kr i året, en økning av de kommunale og fylkeskommunale tilskuddene samt en økning i andelen tippemidler fra 45,5 % til 64 %. NIF gir med dette uttrykk for et ønske om økt statelig økonomisk innflytelse i fremtiden.

NIF har også anført at idretten er med på å ivareta folkehelsen og dermed bør motta støtte fra helse- og omsorgsdepartementet (HOD). NIF fikk i 2010 et tilskudd på 14,6 millioner av HOD til videreføring og styrking av satsingen på forebyggende helsearbeid gjennom fysisk aktivitet. Det kan således argumenteres for at staten har delegert deler av en statelig oppgave i form av ivaretagelse av folks helse til NIF.

Statens politiske engasjement i idretten kommer blant annet til uttrykk i stortingsmeldingen "Idrettsliv i endring".¹³ Her fremlegges statens idrettspolitiske målsettinger med en overordnet visjon om "*Idrett og fysisk aktivitet for alle*". Målet er å legge til rette for at så mange som mulig gis mulighet til å utøve fysisk aktivitet. Det skal gjøres ved statelig medvirkning på idrettsområdet.

Staten deltar i flere internasjonale fora innenfor antidoping. Norge er tilsluttet Anti-dopingkonvensjon fra 1989 samt tilleggsprotokollen i 2002, og har dermed forpliktet seg som stat til å ha et visst ansvar i forhold til antidopingarbeidet i idrettsorganisasjonene. Norge er tilsluttet UNESCOs antidopingkonvensjon¹⁴ og er medlem i IADA (International Anti-Doping Arrangement). IADA er et samarbeid mellom ti medlemsland for å få standardiserte prøve- og testprosedyrer i dopingsaker. Kulturdepartementet støtter også WADAs arbeid gjennom årlige økonomiske bidrag.

¹² "Idrettspolitisk dokument 2011-2015"

¹³ St.meld. nr. 14 (1999-2000)

¹⁴ UNESCOs konvensjon om internasjonalt arbeid mot doping i idrett

I 2003 var Kultur- og kirkedepartementet (i dag Kulturdepartementet) med på å stifte ADN. Siden det har Kulturdepartementet bevilget betydelige midler til stiftelsen. I 2012 utgjorde tilskuddet 22,6 millioner kr.¹⁵

Med så stor statelig økonomisk og politisk innflytelse i idretten og i antidopingarbeidet virker idretten i stor grad å være nasjonalstyrt. Det taler for at staten anser idretten for å være en statelig oppgave og at den har delegert utøvelsen av idretten til NIF.

5.1.3 "Drittwirkung-doktrinen"

Norge vil kunne ha en positiv forpliktelse for å besørge at utøvere ikke opplever brudd på EMK av private parter på bakgrunn av den såkalte "drittwirkung-doktrinen". Det blir således avgjørende å finne ut av hvor stor grad staten er ansvarlig i forhold til idrettens regler som omhandler dopingsaker.

Spørsmålet ble behandlet av Menneskerettighetskommisjonen (i dag EMD) i 1981.¹⁶ Saken omhandlet en nederlandsk profesjonell fotballspiller som ble hindret overgang til ny klubb etter utløpt kontraktstid fordi den gamle klubben krevde et overgangsvederlag som den nye klubben ikke ville betale. Reglene som omhandlet dette var fastsatt av det nederlandske fotballforbundet. Utøveren hevdet at krav om overgangsvederlag i en slik situasjon representerte brudd på EMK art. 4. Kommisjonen konkluderte imidlertid med at konvensjonsbrudd ikke var begått.

Kommisjonen påpekte imidlertid at statens plikter etter EMK kan omfatte å sikre at regler fastsatt av idrettsorganisasjoner ikke strider med EMK. Dette gjelder spesielt dersom det er adgang til domstolsprøvelse av regelverket. Domstolsprøvelsesadgang eksisterer etter norsk rett i en begrenset grad. I en norsk kjennelse¹⁷ fra høyesteretts kjæremålsutvalg fremkom

¹⁵ "Tilskuddsbrev til Antidoping Norge 2012"

¹⁶ X v. Netherlands No. 9322/81.

¹⁷ Rt-1995-1111

det at det eksisterer en prøvelsesadgang for foreningsforhold, men at det uklart hvor vidtrekkende den er.

Avgjørelsen fra kommisjonen begrunner dog ikke hvorfor den nederlandske staten var ansvarlig for fotballforbundets regelverk og gir således begrenset veiledning. Til tross for manglende begrunnelse er saken et eksempel på at stater kan være forpliktet til idrettens regelverk.

5.1.4 NIF som den sterke avtalepart

I forholdet mellom staten og borgerne er det en ubalanse i styrkeforholdet. Borgerne har et behov for visse rettigheter for å forhindre overgrep fra staten sin side. Rettighetene til borgerne sikres i form av menneskerettigheter, blant annet EMK.

Den samme ubalansen i styrkeforholdet finner vi i idretten. Det er riktignok slik at det er frivillig å melde seg inn i et idrettslag og det meste av idretten som utøves er amatøriddrett. En ubalanse i styrkeforholdet mellom idretten og utøveren vil av den grunn være mindre problematisk. For en toppidrettsutøver er imidlertid situasjonen annerledes.

For en toppidrettsutøver er idretten ikke en fritidssyssele. Idretten er et yrke. En toppidrettsutøver må være medlem av et idrettslag tilsluttet NIF for å kunne delta i de olympiske idrettsgrenene i organisert form både nasjonalt og internasjonalt. Frivilligheten i forhold til avtaleinngåelsen er borte. Avtaleforholdet bærer mer preg av tvang. Idet utøveren melder seg inn i et idrettslag underlagt NIF aksepterer vedkommende NIFs dopingbestemmelser som innebærer aksept av til dels meget inngripende sanksjoner. Utøveren er også i stor grad fratatt muligheten til å påvirke avtalen. Utøveren kan imidlertid utøve sine demokratiske rettigheter på Idrettstinget og i de enkelte særforbund, men den faktiske påvirkningsmulighet på det gjeldende regelverk er minimal.

NIF skiller seg ut fra de fleste andre selvdømmeorganisasjoner ved at den innehar monopol i forhold til aktiviteter som arrangeres i regi av foreningen.

Tvangsaspektet ved avtaleinngåelsen, de potensielt inngripende sanksjonene som følger av avtaleforholdet samt NIFs monopolstilling taler for at det er en sterk ubalanse i styrkeforholdet. For å beskytte idrettsutøvere mot rettsikkerhetsmessige overgrep fra idretten kan det sies å være rimelig at EMK kommer til anvendelse i norske dopingsaker.

5.1.5 Konvensjoner

Anti-dopingkonvensjonen fra 1989 er ikke et instrument for direkte beskyttelse av menneskerettighetene i dopingsaker. Konvensjonens art. 7. Punkt 2. litra d indikerer imidlertid at staten har et ansvar for at organisasjoners saksbehandlingsregler i disiplinærsaker er i overensstemmelse med aktuelle menneskerettigheter. Det taler for at EMKs bestemmelser kommer til anvendelse i dopingsaker.

5.1.6 EMDpraksis

Per dags dato har ikke EMD avsagt noen avgjørelser ovenfor Norge eller andre medlemsstater i forhold til om EMK kommer til anvendelse i dopingsaker. Tidligere president i EMD, Rudolf Bernhardt har dog kommet med en offentlig uttalelse hvor hans personlige mening er at EMK ikke kommer til anvendelse i bedømmelse av dopingtvister i private idrettsorganisasjoner.¹⁸

5.1.7 Sveitsisk høyesterettspraksis

I en dom fra sveitsisk høyesterett¹⁹ var et sentralt punkt om dopingregler kunne sammenlignes med strafferettslige bestemmelser. Retten kom til at sanksjoner som ilegges for brudd på dopingbestemmelser ikke er straff etter EMK, men sivil rett. Av den grunn mente retten at utøveren ikke var underlagt rettergangsgarantiene som følger av EMK art. 6 (2).

¹⁸ "Legal Opinion on the Conformity of Certain Provisions of the Draft World Anti-Doping Code with Commonly Accepted Principles of International Law" pkt. 66

¹⁹ "Gundel v. International Equestrian Federation"

5.1.8 Voldgiftspraksis

Idrettens Voldgiftsrett i Norge har vært av en litt annen oppfatning enn Sveitsisk høyesterett. I "Okekesaken"²⁰ ble forholdet mellom Nifl. og EMK behandlet. Friidrettsutøveren Aham Okeke ble dømt for brudd på NIFs dopingbestemmelser av NIFs Domsutvalg. Okeke ble imidlertid senere frifunnet av Oslo byrett for det samme faktiske forhold. Dommen fra NIFs domsutvalg ble dog opprettholdt i ankeinstansen, NIFs Appellutvalg, selv etter at byrettens frifinnende dom hadde blitt rettskraftig.

Spørsmålet for Idrettens Voldgiftsrett var om sanksjoner Okeke var idømt i NIFs domsutvalg ilagt med hjemmel i Nifl. var å anse som straff, "criminal charge" etter EMK. Voldgiftsretten la vekt på at sanksjonen innad i NIF og utad blant publikum ble oppfattet som straff. Sanksjonen var også ment å være en rimelig og rettferdig gjengjeldelse av et lovbrudd. Voldgiftsretten konkluderte med at sanksjonene Okeke var idømt i NIFs domsutvalg måtte anses som straff etter EMK.

5.1.9 Juridisk teori

Norsk juridisk teori virker å være noe delt i synet på om EMK kommer til anvendelse i dopingsaker.

Problemstillingen om sanksjonene etter Nifl. er å anse som straff i forhold til EMK har blitt tatt opp i Gjengedals artikkel "Idrett og straff".²¹ I artikkelen drar Gjengedal analogislutninger fra høyesterettssaker²² som har konkludert med at disiplinærstraffer i straffegjennomføringsloven og trikkesnikegebyr ikke er straff i EMKs forstand og anfører at samme resultat må legges til grunn for idrettens sanksjoner. Det skal bemerkes at Gjengedal har tette bånd til ADN. Han har vært leder av påtalenemnda i ADN siden 2003 og leder av ekspertgruppen for dopingsaker i NIF siden 1992. I kraft av sin tilknytning til

²⁰ Dom avsagt av Idrettens Voldgiftsrett 29. mars 2000.

²¹ "Idrett og straff" av Ansten Gjengedal, kap. 7, "Idrett og jus", 3. utgave, 2004

²² Rt-2003-1100 og Rt-2002-1007

påtalemndene vil meningene han fremlegger kunne være noe "farget" av å være i favør av påtalesidens interesser.

I artikkelen "Idrett og internasjonal rett"²³ behandles blant annet problemstillingen om EMK kommer til anvendelse i dopingsaker. Artikkelen konkluderer med at siden den norske stat er forpliktet til å oppfylle EMKs bestemmelser kan det ikke forstås på noen annen måte enn at EMK kommer til anvendelse i dopingsaker i den forstand at staten plikter å sørge for at NIF har regler som er i overensstemmelse med EMK.

5.1.10 WADAs synspunkter

I 2003 fikk tre sveitsiske advokater i oppdrag fra WADA å undersøke om WADCs bestemmelser var i strid med grunnleggende rettsprinsipper og menneskerettigheter, herunder EMK.²⁴ Rapporten konkluderte med at menneskerettigheter ikke kommer til anvendelse i dopingsaker som behandles etter WADCs bestemmelser idet rapporten ble utarbeidet. Det er imidlertid verdt å merke seg at det ble tatt høyde for at EMK ville kunne komme til anvendelse i fremtiden grunnet EMKs dynamiske tolkning av bestemmelsene. EMK får stadig et større rettslig anvendelsesområde.

WADA er derimot klare på at antidopingreglene i WADC ikke er underlagt eventuelle rettergangsgarantier som følger av nasjonal straffeprosessrett.²⁵ WADA virker dermed å være av den oppfatning at rettergangsgarantier etter EMK som nasjonal straffeprosessrett er underlagt, ikke kommer til anvendelse i dopingsaker.

²³ "Idrett og internasjonal rett" av Andreas Messelt Ekker og Henriette Hillestad Thune, kap. 12, "Idrett og jus", 3. utgave, 2004

²⁴ "Legal Opinion on the Conformity of Certain Provisions of the Draft World Anti-Doping Code with Commonly Accepted Principles of International Law"

²⁵ Introduksjonen til WADC s. 17

5.1.11 Kommer EMK til anvendelse i sammenlignbare situasjoner?

Ved brudd på NIFs dopingbestemmelser risikerer en toppidrettstøver å bli idømt forbud til å utøve sitt yrke for en tidsbegrenset periode og i noen tilfeller på livstid. Det vil være av interesse å finne ut av om det er andre saksområder som ilegger tilsvarende inngripende sanksjoner ved brudd på foreningens regler og om EMK kommer til anvendelse i disse tilfellene.

Å frata en toppidrettsutøver muligheten til å utøve sitt yrke kan til dels sammenlignes med muligheten til å frata en lege sin legelisens og en advokats advokatbevilgning. Skal en lege fratas lisensen eller en advokat fratas bevilgningen er det statelige organer som ilegger sanksjonene. For leger er det Statens helsetilsyn som har fått tildelt kompetanse til å inndra lisensen. Det skjer med hjemmel i lov. For advokater kan Advokatbevillingsnemnden, som er oppnevnt av Kongen i statsråd, frata bevillinger med hjemmel i domstolsloven. I begge tilfeller vil EMK komme til anvendelse ettersom inndragningen av legelisenser og advokatbevillinger utøves av statelige organer.

Det tilsier at det er rimelig at EMK også kommer til anvendelse når utøvere idømmes utelukkelse etter Nifl. på grunn av brudd på dopingbestemmelsene.

5.1.12 Konklusjon

Sveitsisk rettspraksis og WADAs uttalelser i WADC tilsier at EMKs bestemmelser ikke kommer til anvendelse i dopingsaker som behandles etter norske dopingregler.

Rapporten WADA fikk utarbeidet i 2003 påpekte imidlertid at det i fremtiden ikke er urealistisk at EMKs bestemmelser kan komme til anvendelse i dopingsaker som behandles etter WADCs regler. I dag, 9 år etter rapporten ble utarbeidet finnes det imidlertid ikke noe klart svar.

NIF og ADNs sterke økonomiske binding til staten og statens politiske innblanding i idretten og antidopingarbeidet er sentrale momenter som taler for at EMKs bestemmelser

kommer til anvendelse i norske dopingsaker. Er ikke disse momentene tilstrekkelige er det mye som taler for at Norge som stat likevel har en positiv forpliktelse for å sørge for at utøvere ikke opplever brudd på EMKs bestemmelser i dopingsaker på bakgrunn av "drittwirkung-doktrinen".

Andre momenter som taler for at EMK kommer til anvendelse i dopingsaker er Idrettens Voldgiftsrett dom i "Okekesaken" og at EMK kommer til anvendelse i sammenlignbare situasjoner som ved fratakelse av legelisenser og advokatbevillinger. Norsk juridisk teori er derimot noe mer delt i synet på om EMK kommer til anvendelse i dopingsaker.

Statens sterke økonomiske og politiske tilknytning til NIF og ADN må imidlertid sies å være såpass tungtveiende momenter at konklusjonen må bli at EMKs bestemmelser kommer til anvendelse i norske dopingsaker.

6 EMK art. 6

6.1 Innledning

EMK art. 6 inneholder sentrale rettergangsgarantier som setter krav til hvordan en domsprosess skal utarte seg i visse typer sivil- og straffesaker. De generelle grunnprinsippene følger av EMK art. 6 (1) og gjelder for begge typer saker, mens art. 6 (2) og (3) gir uttrykk for visse minimumsrettigheter som gjelder kun for straffesaker. For å finne ut av anvendelsesområdet og innholdet i EMK art. 6 må bestemmelsens og relevant EMDpraksis tolkes.

EMD anvender det dynamiske tolkningsprinsipp. Det innebærer at EMK art. 6 må ses på som et levende instrument og tolkes i lys av samfunnsutviklingen. I denne oppgaven avgrenses behandlingen seg til en redegjørelse av kravet til en rettferdig rettergang,

nærmere bestemt retten til å få saken prøvd for en domstol, jf. EMK art. 6 (1) og uskyldspresumsjonen, jf. EMK art. 6 (2).

6.2 EMK art. 6 (1)

6.2.1 Anvendelsesområdet for EMK art. 6 (1)

6.2.1.1 Gjelder kun ved avgjørelsen av saken

Det følger av EMDpraksis²⁶ at rettighetene etter EMK art. 6 (1) kun kommer til anvendelse ved avgjørelsen, "the determination", av saken. Det vil si at rettergangsgarantiene bare kan kreves gjennomført ved organer som har kompetanse til å treffe rettslig bindende avgjørelser. Bestemmelsen er ikke til hinder for enklere administrative avgjørelser i saken, forutsatt at utøveren kan bringe avgjørelsen inn for organer som overholder kravene i EMK art. 6 (1).

6.2.1.2 Avgjørelsen må angå en seriøs tvist

Med "civil right" siktes det til at avgjørelsen må angå en seriøs tvist om en rettighet eller forpliktelse. Bestemmelsen garanterer at rettigheten som følger av det interne rettssystemet skal kunne prøves og avgjøres ved nasjonale domstoler i tråd med garantiene i EMK art. 6.²⁷ Det presiseres i EMDpraksis²⁸ at betydningen av ordet tvist om rettigheten må finnes i en materiell tilnærningsmåte, ikke en formell. EMK art. 6 (1) kommer til anvendelse i saker om totalt inngrep i en rettighet, for eksempel ved fullstendig tilbakekall av en rettighet. Bestemmelsen kommer også til anvendelse i saker hvor rettigheten berøres på en alvorlig måte, for eksempel ved en suspensjon av en rettighet.

²⁶ Pudas-dommen Series A No 125A 1988 para. 31

²⁷ James-dommen Series A No 98 1986 para 81

²⁸ Benthem, Pudas og Tre Traktörer AB-dommene, Series A No 97 1986 para. 32, No 125A 1987 para. 31. og No 159 1989 para. 37

6.2.1.3 "Civil rights and obligations"

Rettigheten eller forpliktelsen må angå en "civil rights and obligations". Det vil si en borgerlig rettighet eller forpliktelse. Hva som ligger i kravet om at rettigheten eller forpliktelsen må være borgerlig, "civil", har for EMD vært et vanskelig tolkningsspørsmål.

EMD har ikke definert begrepet "civil right". Av den grunn råder det noe usikkerhet i forhold til begrepets rekkevidde. I utgangspunktet dekker begrepet tvister om rettsforhold mellom private. Det kan hevdes at en naturlig språklig forståelse av begrepet "civil" ikke rekker lengre enn dette. Legges en slik forståelse til grunn vil en sentral kategori, utøvelse av forvaltningsmyndighet, falle utenfor. EMDpraksis²⁹ har imidlertid forkastet en så snever tolkning av begrepet. EMD har lagt til grunn at EMK art. 6 må gjelde for resultatet av all saksbehandling som er avgjørende for private rettigheter og plikter.

Det er imidlertid noe uenighet om rettspraksisen innebærer en rettsskapende virksomhet i den forstand at anvendelsesområdet til EMK art. 6 (1) utvides til å gjelde for forvaltningssaker generelt. Denne problemstillingen blir imidlertid ikke nærmere behandlet i denne oppgaven.

Viktige rettsområder hvor EMK art. 6 (1) har kommet til anvendelse er saker hvor myndighetsutøvelsen berører eiendomsretten³⁰ og saker som omhandler sosiale støtteordninger.³¹ EMD har også gitt EMK art. 6 (1) anvendelse i saker om offentlig

²⁹ Ringeisen-dommen, Series A No 13 1971 para. 94. Senere bekreftet i praksis, bla. i Pudas-dommen, Series A No 125A 1988 para. 35.

³⁰ Ringeisen-dommen, Series A No 13 1971, Sramek-dommen, Series A No 84 1984.

³¹ Feldbrugge-dommen, Series A No 99 1986, Deumeland-dommen, Series A No 100 1986.

regulering av, eller inngrep i retten til å drive økonomisk virksomhet.³² Denne kategorien er sannsynligvis den mest relevante i denne oppgaven og vil derfor bli gjort nærmere rede for.

I saker om rettighetstap i form av tilbakekallelse av ervervede rettigheter som skjenkebevillinger og muligheten til å selge gass på bensinstasjoner³³ har EMD kommet frem til at EMK art. 6 (1) kommer til anvendelse. I begge tilfellene ble det lagt avgjørende vekt på at en tilbakekallelse ville få store økonomiske konsekvenser for den det rammer.

EMD har også anerkjent visse andre typer rettighetstap som "civil rights". I saker om tilbakekallelse av advokatbevillinger og legebevillinger³⁴ har EMD ansett det som et inngrep i en privat rettighet med stor økonomisk betydning for den det rammer. Av den grunn fastslo EMD at EMK art. 6 kom til anvendelse.

6.2.2 Innholdet i EMK art. 6 (1)

6.2.2.1 Innledning

Retten til en "fair hearing", en rettferdig rettergang, i EMK art. 6 (1) er meget generelt utformet og omfatter mange rettigheter. Rettighetene består blant annet av krav om at saken skal prøves, og at en eventuell reaksjon skal ilegges av en domstol som er uavhengig av de andre statsmakter og sakens parter. I denne oppgaven vil imidlertid kun innholdet i retten til å få saken prøvd for en domstol bli nærmere behandlet.

6.2.2.2 "Tribunal"

Det må avgjøres hvilke krav EMK art. 6 (1) har til et organ som går under betegnelsen "tribunal". Begrepet "tribunal" er oversatt til domstol i den norske oversettelsen av

³² Benthem-dommen, Series A No 97 1986, Tre Traktörer AB-dommen, Series A No 159 1989.

³³ Benthem-dommen, Series A No 97 1986 og Tre Traktörer AB-dommen, Series A No 159 1989.

³⁴ H mot Belgia, Series A No 127B 1988, König-dommen Series A No 27 1978.

konvensjonen. "Tribunal" er imidlertid et autonomt konvensjonsbegrep. Det vil ikke være avgjørende hva nasjonal myndigheter legger i begrepet. Det vil si at organet kan tilfredsstille konvensjonens krav selv om det i nasjonal rett kalles for noe annet enn domstol. På den andre siden vil det ikke hjelpe at organet går under betegnelsen domstol, hvis ikke kravene EMD stiller til konvensjonsorganets praksis er tilfredstilt.

Det følger av EMDpraksis³⁵ at organet ikke trenger å tilhøre det ordinære domstolshierarkiet. Det stilles dog visse krav til organet for at det skal kunne tilfredsstille kravet til "tribunal".³⁶ Organet må ha en rettslig funksjon ved måten avgjørelsen treffes på. Avgjørelser innen organets kompetanseområde må treffes på grunnlag av rettsregler og etter visse saksbehandlingsregler. EMDpraksis³⁷ setter også krav til at organet har dømmende myndighet, kompetanse til å treffe bindende avgjørelser.

6.2.2.3 Prøvingskompetansen

EMK art. 6 (1) gir partene i sivile saker og den anklagde i saker om strafferettslige anklager rett til å få saken avgjort av en domstol. Det følger av EMDpraksis³⁸ at domstolen må ha kompetanse til å vurdere og ta standpunkt til alle sider av saken, både faktiske og rettslige. Det har imidlertid ikke vært til hinder for nasjonale ordninger hvor enkelte organer som befatter seg med saken har begrenset kompetanse. Så lenge alle sider av saken har kunne blitt prøvet i løpet av prosessen har EMDpraksis³⁹ ansett prøvingskompetansen for oppfylt.

³⁵ H mot Belgia, Series A No 127B 1988 para. 50.

³⁶ Sramek-dommen, Series A No 84 1984 para. 36, Campbell og Fell-dommen, Series A No 80 1984 para. 76.

³⁷ Le Compte, Van Leuven og De Meyere-dommen Series A No 43 1981 para. 55.

³⁸ Albert og Le Compte-dommen, Series A No 58 1983 para. 29.

³⁹ Albert og Le Compte-dommen, Series A No 58 1983 para. 29.

6.3 EMK art. 6 (2)

6.3.1 Anvendelsesområdet for EMK art. 6 (2)

6.3.1.1 "Engel-kriteriene"

EMK art. 6 (2) kommer kun til anvendelse hvor det foreligger en "criminal charge, en straffesiktelse. Hvorvidt en sanksjon er en "criminal charge" i henhold til EMK art. 6 (2), beror på en vurdering av "Engel-kriteriene". I utgangspunktet er kriteriene alternative. Det vil si at det er tilstrekkelig for at en sanksjon skal bli betraktet som straff at ett av kriteriene er oppfylt. Kriteriene ble først etablert i EMD dommen i Engel m.fl. mot Nederland, 8. juni 1976, avsnitt 82. Kriteriene har senere blitt lagt til grunn i norsk høyesterettspraksis.⁴⁰ Kriteriene er som følger: 1. Rettslig klassifisering i nasjonal rett, 2. Lovbruddets karakter og 3. Karakteren og alvoret av sanksjonen.

Etter nyere EMDpraksis⁴¹ kan imidlertid en sanksjon bli betraktet som straff på grunnlag av den kumulative effekten av flere kriterier selv om ikke ett av kriteriene er oppfylt alene.

6.3.1.2 "Nasjonal klassifikasjon"

Nasjonal klassifikasjon er den juridiske klassifiseringen av lovbruddet under nasjonal lovgivning. Dette er kun et utgangspunkt for vurderingen om EMK art. 6 (2) kommer til anvendelse. Det er ikke et avgjørende kriterium. Hadde det vært avgjørende ville spørsmålet om en sanksjon skulle anses som straff etter EMK art. 6 (2) blitt overlatt til de kontraherende staters skjønn.

Det er tilfellene hvor intern rett ikke definerer sanksjonen som straff, men hvor sanksjonen er inngripende for den som rammes, at spørsmålet om EMK art. 6 (2) kommer til anvendelse kan komme på spissen.

⁴⁰ RT-2007-1217, RT-2010-1121

⁴¹ EMD 2001-73053, "Jussila-dommen", avsnitt 31.

6.3.1.3 "Lovbruddets karakter"

Kriteriet lovbruddets karakter, selve handlingens egenart har større vekt. EMDpraksis⁴² har lagt til grunn at brudd på regler med et begrenset anvendelsesområde i et lukket system taler for å la staten kunne svare med spesielle sanksjoner for å sikre opprettholdelse av orden innad i systemet. Innenfor slike lukkede systemer gjøres det imidlertid et skille mellom typer lovovertrедelser. Noen kan være av typisk disiplinær karakter, andre mer alvorlige og således bære preg av å være strafferettslige.

Det vil være av betydning om sanksjonen har som formål å straffe eller om den blir ilagt uten å ha noe pønalt formål ved seg. Har sanksjonen et preventivt formål vil det kunne tale for å anse sanksjonen som strafferettslig.

6.3.1.4 "Innholdet og alvoret av sanksjonen"

Sanksjonens innhold og alvor har etter EMDpraksis⁴³ vært det viktigst kriteriet i forhold til om strafferettslig anklage foreligger. Det må foretas en vurdering om hva sanksjonen består i. Alvorlige straffer som langvarig fengselsstraff vil klart nok falle inn under begrepet straff i EMK art. 6 (2). Det er ved mindre inngripende sanksjoner som for eksempel bøter og kortvarig frihetsberøvelse det kan være tvil om reaksjonen er alvorlig nok til å kunne regnes som straff etter EMK art. 6 (2).

6.3.2 Innholdet i EMK art. 6 (2)

6.3.2.1 Innledning

Uskyldspresumsjonen etter EMK art. 6 (2) har flere sider ved seg. For det første utgjør den en bevisbyrderegel. Påtalemyndigheten må føre bevis for tiltaltes skyld i straffesaker. For det andre utgjør uskyldspresumsjonen en skranke for hvilke uttalelser offentlige myndigheter kan avgi som indikerer skyld før skyldspørsmålet er avgjort av en domstol.

⁴² Engel-dommen, Series A No 22 1977 og Campbell og Fell mot Storbritannia, Series A nr 80 1984.

⁴³ Engel-dommen, Series A No 22 1977 para. 82.

Uskyldspresumsjonen setter også en grense mot å behandle en som er frifunnet etter frifinnende dom som om han likevel var skyldig. Til slutt stiller uskyldspresumsjonen materielle krav til presisjonsnivået ved utformelse av straffebestemmelser. I denne oppgaven vil imidlertid kun innholdet i bevisbyrderegelen som følger av uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 (2) bli nærmere behandlet.

Bevisbyrderegelen inneholder rettsprinsippet "in dubio pro reo". Prinsippet innebærer at tvil skal komme den anklagde til gode. Den anklagde skal ansees uskyldig inntil det motsatte er bevist.

Formålet med prinsippet er å hindre at uskyldige blir dømt. Dog er det viktig at selve straffetrusselen ikke gjøres illusorisk ved for strenge bevisbyrderegler. Hensynet til å unngå at uskyldige dømmes vil alltid komme inn som en viktig begrensende faktor.

6.3.2.2 Uskyldpresumsjoner og objektivt ansvar

Skyldpresumsjoner er språklig sett motsetningen til uskyldspresumsjonen. Det skulle tilsi at skyldpresumsjoner er i strid med uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 (2). EMDpraksis har kommet frem til at uskyldspresumsjonen ikke kan forstås på denne måten. Den grunnleggende avgjørelsen i forhold til skyldpresumsjoner er dommen fra EMD *Salabiaku v. France*.⁴⁴ Anklagde var ilagt bot på 100 000 franske francs for smugling av 10 kilo cannabis. I den franske tollovgivningen var det tilstrekkelig for påtalemyndighetene å bevise det objektive faktum at siktede hadde smuglet, for å ilegge bot. De måtte ikke bevise subjektiv skyld. Anklagde, som hevdet han ikke visste at kofferten han ble tatt med i tollkontrollen inneholdt cannabis, mente at bestemmelsen var tilnærmet objektiv og av den grunn i strid med uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 (2). EMD kom imidlertid frem til bestemmelsen ikke var rent objektiv, men innebar en legalpresumsjon. EMK inneholder i utgangspunktet ikke noe forbud mot slike presumsjoner, men EMD fremhevet i avsnitt 28 i dommen at det settes visse krav til dem for at de ikke skal regnes som konvensjonsstridige:

⁴⁴ EMD dom 7. oktober 1988 (Application no. 10519/83).

"It requires States to confine them within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence".

Domstolen kom til at anklagde ikke var helt uten mulighet til å forsvare seg. Fransk rettspraksis hadde innfortolket muligheten til å bli frikjent ved å påvise "force majeure". Med det slo EMD fast at bestemmelsen ikke var i strid med uskyldspresumsjonen som følger av EMK art. 6 (2).

De prinsipielle uttalelsene fra "Salabiaku-dommen" har senere blitt bekreftet i en rekke andre avgjørelser.⁴⁵ EMD har med dette kommet frem til at skyldpresumsjoner ikke er i strid med uskyldspresumsjonen, så lenge de er innenfor rimelige grenser. Hvorvidt slike skyldpresumsjoner er holdt innenfor rimelige grenser beror på en proporsjonalitetsvurdering.

6.3.2.3 Proporsjonalitetsvurdering

Eksempler på momenter EMD⁴⁶ har trukket frem som kan vektlegges i proporsjonalitetsvurderingen er blant annet effektivitets- og håndhevelseshensyn, prevensjonshensyn og hensynet til statenes økonomiske interesser. Ved vurderingen av siktedes rettigheter har EMD lagt stor vekt på anklagdes mulighet til å forsvare seg. Den nasjonale rett må gi anklagde mulighet til å "disculpere" seg.

⁴⁵ Bl.a. Pham Hoang v. France (avgjørelse 25. september 1992, Application no. 13191/87), Philips, Hardy v. Ireland (avgjørelse 29. juni 1994, Application No. 23456/94) og Falk v. the Netherlands (avgjørelse 19. oktober 2004, Application no. 66273/01)

⁴⁶ Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden (avgjørelse 23. juli 2002, Application no. 36985/97), avsnitt

6.3.2.4 Disculperingsadgang

Siktedes ”disculperingsadgang” består av tre elementer. Adgang til å føre bevis for sine subjektive bevissthetsforestillinger, om den nasjonale domstolen har gjort en reel vurdering av om det foreligger skyld og om det finnes andre objektive frifinnelsesmuligheter. EMD foretar en samlet vurdering av disse tre elementene og det er vanskelig å utlede noe sikkert om deres innbyrdes vekt. Fraværet av skyld gjør at objektivt straffeansvar kan være problematisk i relasjon til uskyldspresumsjonen. Det tilsier at tiltaltes reelle adgang til å føre bevis for sine bevissthetsforestillinger tiltaltes ”disculperingsadgang” vil ha stor betydning i vurderingen om en bestemmelse er i strid med uskyldspresumsjonen som følger av EMK art. 6 (2).

7 Adgangen til å ha regler som innskrenker menneskerettighetene

7.1 Innledning

EMKs menneskerettigheter er ikke absolutte. Det følger av EUs Charter om grunnleggende rettigheter art. 52 at tre vilkår må være oppfylt for at regler som begrenser rettighetene skal anses å være tillatt. Regelen må utgjøre en klar hjemmel, den må være i offentlighetens interesser og regelen må i forhold til en proporsjonalitetsvurdering være innenfor rimelighetens grenser.

7.1.1 Hjemmelskrav

Regelen må ha et tilstrekkelig rettslig grunnlag. Det er ikke krav om at regelen må være nedfelt i en formell lovbestemmelse, den må imidlertid være tilgjengelig for den det angår. Regelens rettslige grunnlag må være forutsigbar. Den må være tilstrekkelig presis i språket. Jo strengere sanksjon en risikerer desto høyere krav stilles det til språkets klarhet.

7.1.2 I offentlighetens interesser

Etter klassisk menneskerettighetsteori kan en regel som begrenser menneskerettighetene kun legitimeres hvis den er i offentlighetens interesse. Anvendelse av et slikt krav på

dopingregler reiser spørsmålet om det er statens interesser eller sportens interesser som ivaretas i antidopingreglene. Det finnes ingen rettspraksis som tar opp problemstillingen. Dermed kan det være rimelig å legge til grunn meningene til Udo Steiner, tidligere dommer i den tyske konstitusjonelle domstolen. I et innlegg under en dopingkonferanse i Stuttgart i 2000 la han til grunn at de aktuelle interessene kan defineres av det private organ som har vedtatt reglene. For idrettsorganisasjoner er det legitimt med regler som innskrenker menneskerettighetene så lenge de gir utøverens helse, idrettens rykte og en rettferdig konkurranse.⁴⁷

7.1.3 Proporsjonalitetsprinsippet

Proporsjonalitetsprinsippet går ut på at det må være forholdsmessighet mellom regelbruddet og sanksjonen som blir ilagt. Prinsippet vil utgjøre en avgjørende rolle i å vurdere gyldigheten av de respektive dopingreglene. Prinsippet har som regel blitt delt opp i fire underkategorier.

Regelen som innebærer restriksjonen i menneskerettigheten må være egnet for å nå målet det forfølger og regelen må være nødvendig. Det betyr at det ikke må være mindre inngripende bestemmelser som er like godt egnet til å nå målet til den aktuelle regelen. Det må foretas en avveining av de ulike interessene som er involvert. Til slutt må regelen være nødvendig i et demokratisk samfunn, jf. EMK art. 8-11. Regelen trenger ikke å være fundamental i et demokratisk samfunn for å unngå å være konvensjonsstridig. Regelen må dog være mer nødvendig enn at det kun anses å være en rimelig regel. Etter EMDpraksis⁴⁸ innebærer det at regelen representerer et presserende samfunnsmessig behov.

7.2 Konklusjon

Når man skal vurdere om idrettens regler om skyldpresumsjon strider med uskyldpresumsjonen, jf. EMK art. 6 (2) må reglene vurderes i forhold til muligheten til å ha

⁴⁷ Udo Steiner, "Doping aus verfassungsrechtlicher Sicht", s. 131.

⁴⁸ Case of Handyside v. UK. (Application no. 5493/72)

regler som innskrenker de aktuelle menneskerettighetene. Den samme vurderingen må foretas i forhold til idrettens regler om diskvalifikasjon.

8 To års utelukkelse

8.1 Innledning

En utøver som har avlagt en positiv dopingprøve for første gang under en konkurranse blir som hovedregel idømt tap av retten til å delta i konkurranser og organisert trening⁴⁹ i to år, samt retten til å ha valgte og oppnevnte tillitsverv, jf. Nifl. § 12-8 (3) og (4). Utøveren blir også automatisk diskvalifisert fra den aktuelle konkurransen, jf. Nifl. § 12-7.

8.1.1 Regelens opprinnelse

Regelen om to års utelukkelse stammer fra "Krabbe-saken", avsagt av tysk lagmannsrett i 1996. Katrin Krabbe var en tysk friidrettsutøver som testet positivt for clenbuterol. Clenbuterol er en astmamedisin som brukes på mennesker i noen land. Stoffet regnes for å være prestasjonsfremmende i den forstand at det har en slankende effekt. På dette tidspunktet var imidlertid ikke clenbuterol oppført på den tyske friidrettsorganisasjonen (DLV) liste over ulovlige stoffer. Det var imidlertid akseptert av begge parter at Krabbes handling var gjort med forsøke på å forbedre sin prestasjon. DLV besluttet å utestenge Krabbe i ett år. Det internasjonale friidrettsforbundet (IAAF) mente utelukkelsen var utilstrekkelig og besluttet i tillegg å suspendere Krabbe i tre år. I praksis ble Krabbe utestengt i 3 år og 9 måneder. Krabbe anket dommen til tingretten og anførte at utelukkelsen var i strid med proporsjonalitetsprinsippet. Saken ble avvist. Hun tok saken videre til lagmannsretten. Lagmannsretten fastslo at utelukkelsen på 3 år og 9 måneder var i strid med proporsjonalitetsprinsippet. Sanksjonen var for inngripende i forhold til regelbruddet. Retten kom frem til at to års utelukkelse var rimelig for en

⁴⁹ Trening organisert av et organisasjonsledd innenfor NIF.

førstegangsovertredelse av dopingreglene. Både IOC og det tyske idrettsforbundet sluttet seg til dette.

CAS har senere lagt 2 års utelukkelse til grunn i praksis. Regelen har også blitt kodifisert i WADC art. 10.2. Av denne grunn virker det å være en universell oppfatning om at to års utelukkelse er en rimelig sanksjon for førstegangsovertredelse av dopingreglene.

8.1.2 Objektivt ansvar

I den alminnelige strafferetten er det et grunnleggende prinsipp at gjerningsmannen må ”ha skyld” i ugjerningen. Han må ha handlet forsettelig eller ha vært uaktsom i sin opptreden. Nifl. bygger også på dette prinsippet, jf. Nifl. § 11-3 (1), og § 12-4 (2) i forhold til doping. Det gjelder imidlertid en annen regel for overtredelse av Nifl. § 12-2 (1) litra a. Her er tilstedeværelse av et ulovlig stoff i en dopingprøve definert som et lovbrudd. Utøveren er ansvarlig for ethvert forbudt stoff eller spor av slikt stoff som blir funnet i utøverens dopingprøve uten hensyn til skyld, jf. Nifl. § 12-4 (1) 2. pkt. Det foreligger således et objektivt ansvar. Det vil si at uavhengig av årsak til at utøveren har avlagt en positiv dopingprøve vil det være et regelbrudd og grunnlag for å idømme utelukkelse. Selv om utelukkelsen skulle bortfalle grunnet manglende skyld vil utøveren automatisk bli diskvalifisert fra den aktuelle konkurransen utøveren avla den positive prøven, jf. Nifl. § 12-7.

8.1.3 Bevisbyrden

Utgangspunktet i den alminnelige strafferetten er at påtaleorganet har bevisbyrden. Det er også tilfellet i norske dopingsaker, jf. Nifl. § 12-5 (1). Påtaleorganets bevisbyrde i dopingsaker er imidlertid oppfylt idet en positiv dopingprøve fra et WADA akkreditert laboratorium foreligger. Ved avlagt positiv dopingprøve presumeres det at utøveren er skyldig. Bevisbyrden er således snudd. Det er opp til utøveren å bevise manglende eller ubetydelig skyld for å få utelukkelsen redusert eller få den til å bortfalle, jf. Nifl. § 12-5 (2). Det foreligger ikke et rent objektivt ansvar i forhold til illeggelse av to års utelukkelse, men en skyldpresumsjon.

Bevisbyrden for utøveren etter Nifl. § 12-5 (2) er todelt. Rettspraksis⁵⁰ fra CAS har fastslått at det er to ting utøveren må bevise for at det skal bli aktuelt å nedsette eller få utelukkelsen til å bortfalle. Utøveren må bevise hvordan det ulovlige stoffet ble tilført kroppen. Her vil bevisbyrden være sannsynlighetsovervekt, jf. Nifl. § 12-5 (2) 1. pkt. Utøveren må bevise ingen skyld eller uvesentlig skyld for at utelukkelsen skal bortfalle eller nedsettes. Bevisbyrden for utøveren er her høyere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, men lavere enn at all rimelig tvil skal komme anmeldte til gode, jf. Nifl. § 12-5 (2) 2. pkt., jf. Nifl. § 12-5 (1).

Muligheten for utøveren til å bevise sin uskyld har vist seg å være noe forskjellig i forhold til om utøveren har testet positivt på et "særskilt stoff" eller et "forbudt stoff".

8.1.4 "Særskilte stoffer"

"Særskilte stoffer" defineres som doping, men kun som stoffer som ikke har noe klar prestasjonsfremmende effekt. Cannabis er et eksempel på et slikt stoff. Utelukkelse skal falle bort hvor utøveren klarer å bevise ingen skyld, jf. Nifl. § 12-9 (1), og den kan reduseres hvor utøveren klarer å bevise ubetydelig skyld, jf. Nifl. § 12-9 (2). Utøveren må i begge tilfeller også bevise hvordan midlet ble tilført kroppen, jf. Nifl. § 12-9 (3).

Utøveren som har testet positivt for et "særskilt stoff" har imidlertid enda en mulighet til å få utelukkelsen på to år nedsatt eller minimum motta en advarsel, jf. Nifl. § 12-8 (5). Muligheten er gitt fordi "særskilte stoffer" ikke regnes for å være prestasjonsfremmende. En antar at stoffet kan ha kommet i kroppen til utøveren uten at vedkommende har hatt til hensikt å skaffe seg en urettmessig konkurransefordel. Det regnes som mindre klanderverdig å teste positivt for et "særskilt stoff" enn for et stoff som har prestasjonsfremmende effekt.

⁵⁰ CAS 2005/A/922, 923 & 926 UCI & WADA v. Hondo & Swiss

Olympic og CAS 2006/A/1067 IRB v. Keyter og CAS 2006/A/1130 WADA v. Stanic & Swiss Olympic.

Det finnes flere saker⁵¹ hvor utøveren har testet positivt for "særskilte stoffer" og har fått utelukkelsen nedsatt. Det er imidlertid få saker⁵² hvor utøveren har klart å få utelukkelsen til å bortfalle i sin helhet eller kun mottatt en advarsel.

8.1.5 "Forbudte stoffer"

"Forbudte stoffer" defineres som midler med prestasjonsfremmende effekt. Eksempler på "forbudte stoffer" er clenbuterol og erythropoietin (EPO). En går ut i fra at utøveren som har fått i seg et "forbudt stoff" i motsetning til en som har fått i seg et "særskilt stoff" har hatt til hensikt å skaffe seg en urettmessig konkurransemessig fordel. Tester en utøver positivt på "forbudte stoffer" har praksis vist at det skal mye til for at utøveren klarer å bevise sin uskyld.

Utelukkelse skal imidlertid falle bort eller reduseres hvor utøveren kan bevise ingen eller ubetydelig skyld, jf. Nifl. § 12-9 (1) og (2). Utøveren må også bevise hvordan midlet ble tilført kroppen, jf. Nifl. § 12-9 (3). Bevisbyrden har vist seg å være tyngre enn for "særskilte stoffer". Skyldpresumsjonen som pålegges utøveren ved avlagt positiv prøve for et "forbudt stoff" har vist seg å være såpass vanskelig for utøveren å motbevise at den vil kunne komme i strid med EMK art. 6 (2).

Videre i oppgaven vil følgende problemstillinger behandles: Om EMK art. 6 (2) kommer til anvendelse ved illeggelse av to års utelukkelse som følge av en positiv dopingprøve og om skyldpresumsjonen som pålegges utøveren ved avlagt positiv dopingprøve for et "forbudt stoff" er i strid med uskyldpresumsjonen som følger av EMK art. 6 (2).

8.2 Kommer EMK art. 6 (2) til anvendelse i dopingsaker hvor en utøver ilegges to års utelukkelse fra konkurranser?

Det avgjørende blir om sanksjonen på to års utelukkelse er å anse som "straff", "criminal charge" etter EMK art 6 (2). Spørsmålet beror på en vurdering av "Engel-kriteriene".

⁵¹ NIFD-2010-18 og NIFD-2011-3.

⁵² NIFD-2005-26 og NIFD-2010-9.

8.2.1 "Nasjonal klassifisering"

To års utelukkelse fra idretten, jf. Nifl. § 12-8 (4) for brudd på Nifl. § 12-4 (1) er ikke klassifisert som straff etter norsk rett. Det er en disiplinærsanksjon som kan ilegges av idrettens domsorganer. Nifl. benytter seg av uttrykket "straffesaker", men straff er det kun alminnelige domstolene som kan idømme. Sanksjonen kan således ikke regnes som straff i formell forstand. Spørsmålet blir så om en slik sanksjon likevel kan anses som straff på bakgrunn av "Engel-kriteriene" 2. og 3.

8.2.2 "Lovbruddets karakter"

Det avgjørende i forhold til lovbruddets karakter er selve handlingens egenart. Spørsmålet er om reglene har et begrenset anvendelsesområde og om sanksjonen som blir ilagt ved brudd på reglene har et pønalt og preventivt formål ved seg, eller om sanksjonen blir ilagt på objektivt grunnlag uten noen strafferettslige formål.

Brudd på regler med et begrenset anvendelsesområdet i et lukket system kan tale for at staten kan svare med spesielle reaksjoner nettopp for å sikre opprettholdelse av orden innad i systemet. NIFs regelverk er et lukket rettssystem. Lovverket gjelder kun for alle medlemmer og organisasjonsledd i foreningen. Det kan tale for at to års utelukkelse ikke kan anses som straff etter EMK art. 6 (2). NIF har imidlertid en medlemsbase på omlag 2 millioner. Det vil si at Nifl. potensielt kan få anvendelse for en stor del av landets befolkning. Nifl. bærer således likevel ikke preg av å ha et lite og begrenset anvendelsesområde. Det tilser at to års utelukkelse likevel må anses som straff etter EMK art. 6 (2).

Idretten argumenterer med at sanksjonering på grunn av brudd på idrettens regler ligger utenfor statens ansvarsområde og derfor må være en del av selvdømmeprinsippet. Selvdømmeprinsippet kan sies å være velbegrunnet i de situasjonene hvor avgjørelsen må treffes hurtig av hensyn til spillet. Et eksempel er illeggelse av gult kort i en fotballkamp. Utelukkelse av en utøver i to år går imidlertid langt utover dette formålet.

Ved å risikere to års utelukkelse som følge av brudd på dopingreglene er tanken at mange utøvere vil velge å ikke dope seg i frykt for konsekvensene. Både innad i idrettsorganisasjonen og utad blant publikum blir to års utelukkelse oppfattet som straff. Sanksjonen har således mange likhetstrekk med straffens pønale og preventive formål etter alminnelig strafferett og det taler for at sanksjonen må anses som straff etter EMK art. 6 (2).

8.2.3 "Innholdet og alvoret av sanksjonen"

For det første er det et spørsmål om hva reaksjonen består i og for det andre hvor alvorlig sanksjonen er.

Sanksjonen består som hovedregel i en to års utelukkelse fra konkurranser og vil kunne få alvorlige økonomiske og personlige konsekvenser for en toppidrettsutøver. Sanksjonen kan sammenlignes med fratakelse av en legelicens eller en advokatbevilling. Grunnen til det er at sanksjonen for en toppidrettsutøver vil på samme måte som fradømmelse av en legelicens og en advokatbevilling være et yrkesforbud. Som hovedregel er dog yrkesforbudet for en toppidrettsutøver tidsbegrenset til to år.

Ved fratakelse av legelicenser og advokatbevillinger kommer EMK til anvendelse ettersom det gjøres av statelige organer. De spesielle garantiene i EMK art. 6 (2) gjelder etter ordlyden kun for strafferettslige anklager. EMD fastslo imidlertid i en dom⁵³ som omhandlet tilbakekallelse av en legebevilling at garantiene kom til anvendelse selv om det var en sivil sak.

Om denne dommen fører til at alle saker som dreier seg om yrkesforbud er omfattet av garantiene i EMK art. 6 (2) er noe usikkert. Bestemmelsen beskytter "everyone charged with a criminal offence", noe som kan sies å være et argument for at den ikke hjemler tilsvarende rettigheter i sivile saker. Det er imidlertid relativt klart at saker som dreier seg om yrkesforbud har et strafferettslig preg, ettersom det handler om illeggelse av en reaksjon

⁵³ Albert og Le Compte-dommen, Series A No 58 1983

i sanksjonsøyemed. Rettighetene som gjelder for straffesaker bør etter dette komme til anvendelse ved illeggelse av to års utelukkelse.

8.2.4 Konklusjon

To års utelukkelse er ment å være en rettferdig gjengjeldelse av lovbruddet og har dermed et pønalt formål ved seg. Sanksjonen er også tiltenkt et preventivt formål. Dermed er det naturlig å anse sanksjonen som straff etter EMK art. 6 (2). Sanksjonen vil også være meget alvorlig for en toppidrettsutøver både personlig, men også økonomisk ettersom det i realiteten er et yrkesforbud. Dette tilsier at "Engel-kriteriene" 2. og 3. er tilnærmet oppfylt, men om det er tilstrekkelig er noe usikkert.

Ettersom "Engel-kriteriene" 2. og 3 i minste fall er tilnærmet oppfylt taler det for at en kumulativ effekt av kriteriene gjør at sanksjonen må anses å være straff etter EMK art. 6 (2).

8.3 Er skyldpresumsjonen i Nifl. i strid med EMK art. 6 (2)?

8.3.1 Uskyldpresumsjoner og objektivt ansvar

Det følger av EMDpraksis at skyldpresumsjoner ikke er i strid med uskyldpresumsjonen så lenge de er holdt innenfor rimelighetens grenser. Skyldpresumsjonen i Nifl. er som følger: Ved avlagt positiv dopingprøve for et ulovlig stoff presumeres det at utøveren er skyldig. Spørsmålet er om skyldpresumsjonen i norske dopingsaker er holdt innenfor rimelighetens grenser. Det beror på en proporsjonalitetsvurdering.

8.3.2 Proporsjonalitetsvurdering

Et sentralt moment i proporsjonalitetsvurderingen vil være å identifisere den legislative begrunnelsen for skyldpresumsjonen som er et unntak fra uskyldpresumsjonen i EMK art. 6 (2). Hovedmomentet i vurderingen vil være om skyldpresumsjonen er begrunnet i offentlighetens interesser.

Ettersom det er tale om idrettslige regler vil idretten selv kunne definere hvilke interesser som er viktig å ivareta.⁵⁴ Interessene må avveies mot hvilke konsekvenser regelen vil få for utøverens rettigheter.

Videre skal det redegjøres for begrunnelsen for skyldpresumsjonen i norske dopingsaker. Deretter vil det bli redegjort for om det foreligger en reell disculperingsadgang for utøveren før eventuelt andre momenter trekkes inn. Bakgrunnen for denne vinklingen er at disculperingsadgangen antas å være den viktigste rettigheten for utøveren.

8.3.3 Begrunnelsen for skyldpresumsjon i norske dopingsaker

NIFs hovedbegrunnelse for å ha et regelverk som innebærer en skyldpresumsjon er effektivitetshensyn. For å kunne drive en effektiv dopingbekjempelse har man innført regler som begrenser påtaleorganets etterforskningsarbeid. Dopingreglene stiller kun krav til at påtaleorganet kan fremlegge en avlagt positiv dopingprøve, som er blitt analysert av WADA akkrediterte laboratorier, for å oppfylle bevisbyrden. Det har resultert i et regelsett som kan håndheves effektivt og at flere dopingsyndere har blitt dømt. Avgjørelser hvor utøverne blir idømt sanksjoner vil også kunne ha en preventiv effekt ovenfor andre utøvere som eventuelt vurderer å dope seg.

For påtaleorganet, ADN, er det kostnadseffektivt å slippe å drive omfattende etterforskning. Ettersom ADN ikke har politimyndighet ville inngående etterforskning uansett vært vanskelig å gjennomføre i praksis.

Hvis det ikke hadde eksistert noen skyldpresumsjon ville det i praksis trolig ha vært veldig vanskelig for påtaleorganet å bevise tilstrekkelig skyld i forbindelse med hvordan utøveren fikk i seg et forbudt stoff i kroppen.

For utøveren derimot ville det vært forholdsvis enkelt å bevise manglende skyld. Utøveren ville hatt mulighet til å anføre at han fikk beskjed om å ta et kosttilskudd av treneren, som

⁵⁴ Se pkt. 6.1.2

han var i god tro om at ikke inneholdt noen stoffer som stod på dopinglisten. En slik anførsel ville trolig ha resultert i at utøveren ikke kunne sies å ha tilstrekkelig skyld, og derfor ikke kunne idømmes utelukkelse.

8.3.4 Disculperingsadgang

Det avgjørende i forhold til om det foreligger en disculperingsadgang er om det er en reell mulighet for anklagede å føre bevis for skyldfrihet. Hvor langt dette rekker er usikkert de lege lata. EMK art. 6 (2) sitt formål tilsier at den sannsynlighetsgrad for skyldfrihet som anklagede må godtgjøre ikke bør være like høy som den bevisbyrden for skyld som vanligvis påhviler påtalemyndigheten. Alminnelig sannsynlighetsvekt bør være nok. Utøveren som har avlagt en positiv dopingprøve for et "forbudt stoff" har i utgangspunktet mulighet til å disculpere seg og vil således kunne få utelukkelsen på to år til å bortfalle eller bli redusert.

I forbindelsen med disculperingen er utøvere lastet med en todelt bevisbyrde.⁵⁵ For det første må utøveren bevise hvordan stoffet ble tilført utøverens kropp, jf. Nifl. § 12-9 (3). Bevisbyrden er alminnelig sannsynlighetsovervekt, jf. Nifl. § 12-5 (2) 1. pkt., og vil av den grunn i utgangspunktet ikke stride mot uskyldspresumsjonen. Utøveren må imidlertid også bevise ingen skyld for at utelukkelsen skal kunne falle bort, jf. Nifl. § 12-9 (1) eller ubetydelig skyld for at utelukkelsen kan kunne reduseres, jf. Nifl. § 12-9 (2). Dette må bevises med en bevisbyrde som er høyere enn sannsynlighetsovervekt, jf. Nifl. § 12-5 (2) 2 pkt., jf. Nifl § 12-5 (1) og kan således stride med formålet til EMK art. 6 (2).

8.3.4.1 Oppnevning av forsvarer og sakkyndig

Ved å få oppnevnt en profesjonell forsvarer og sakkyndige vil det kunne styrke utøverens mulighet til å oppfylle bevisbyrden.

Hovedregelen er imidlertid at utøveren må dekke sine egne omkostninger tilknyttet saken, jf. Nifl. § 12-19 (1). Det er dog en mulighet for utøveren til å få dekket saksomkostninger

⁵⁵ Se pkt. 7.1.2.1

dersom vedkommende frifinnes, jf. Nifl. § 12-19 (1) 2. pkt. Det følger av Nifl. § 12-19 (2) at det i "særlige grunner" kan tale for at domsinstansen bør oppnevne og bekoste forsvarer og sakkyndig.

Dekning av utgiftene til saksomkostninger og oppnevning av forsvarer vil kun skje hvor det "anses som rimelig og nødvendig", jf. Nifl. § 12-19 (3). Ved vurderingen legger domsutvalget vekt på avgjørelsens økonomiske, idrettslige og sosiale betydning for utøveren. Regelen praktiseres ikke særlig strengt. Som regel vil ikke en anmodning om oppnevning av forsvarer avslås. Det følger av Nifl. § 12-19 (4) 2. pkt. at kostnader ved bruk av sakkyndige kun dekkes når disse er oppnevnt av domsinstansen og utgiftene anses som "rimelige". Hva som anses som "rimelige" kostnader er det opp til domsinstansen å avgjøre. I praksis er det imidlertid veldig sjeldent at utgifter til sakkyndige dekkes for utøveren.

Det fremgår imidlertid av Nifl. § 12-13 (5) 3. pkt. at en sak skal utredes "nøye" før den avgjøres. I flere dopingsaker⁵⁶ har det vært faglig uenigheter om hva en dopingprøve faktisk beviser og om prøven er behandlet og oppbevart på en rettmessig måte. Det tilsier at utøveren vil kunne ha behov for bistand av sakkyndige for å fremme sitt syn på saken. Det taler således for at domsinstansen i noen tilfeller bør bekoste utøverens utgifter til sakkyndige for å oppfylle vilkåret om en "nøy" utredning av saken.

I praksis har det vist seg at dyktige forsvarere og sakkyndige har problemer med å oppfylle bevisbyrden som er pålagt utøveren. Således er det av interesse å se hen til rettspraksis for å vurdere hvor strengt utøverens bevisbyrde praktiseres. Det vil igjen kunne gi en indikasjon på om disculperingsadgangen til utøveren er reell.

⁵⁶ F.eks. CAS 2011/A/2353 Erik Tysse v. Norwegian Athletics Federation & International Association of Athletics Federations

8.3.4.2 Rettspraksis hvor utøveren har forsøkt å bevise hvordan det forbudte stoffet ble tilført kroppen

Av nyere rettspraksis fra CAS illustrerer "Contador-saken"⁵⁷ utøverens utfordring med å forsøke å bevise hvordan et "forbudt stoff" som har blitt tilført utøverens kropp ikke stammer fra dopingprodukter.

Alberto Contador forsøkte å bevise at stoffet han testet positivt for, clenbuterol, stammet fra et stykke kjøtt han hadde spist. Clenbuterol regnes for å være prestasjonsfremmende og er derfor kategorisert som et "forbudt stoff".

WADA og UCI mente derimot at stoffet var tilført kroppen via bloddoping. WADA fremmet også en tilleggsteori om at stoffet stammet fra et forurenset kosttilskudd.

Dokumenttilfanget i saken var enormt. Nærmere 4000 sider måtte CAS forholde seg til samt lydbåndopptak av intervjuer og avhør av sakkyndige. Samlet var partene representert med 12 advokater i CAS, hvor Contador møtte med 4 av dem.

Contador anførte flere plausible teorier som ble støttet av sakkyndige på hvordan stoffet kunne stamme fra kontaminert kjøtt. Etter en omfattende prøving forkastet imidlertid CAS teoriene. Likeledes forkastet de teorien til UCI og WADA om at stoffet stammet fra bloddoping. CAS la til grunn WADAs teori om at var mest sannsynlig at Contador hadde fått i seg stoffet ved inntak av et forurenset kosttilskudd.

Det eksisterer imidlertid saker hvor utøvere har testet positivt for clenbuterol og ikke har blitt idømt utelukkelse. Dimitrij Ovtcharov, en tysk bordtennisspiller, ble suspendert i 2010 av den tyske bordtennisorganisasjonen (DTTB) for å ha testet positiv for clenbuterol. Videre etterforskning viste at det var meget sannsynlig at stoffet stammet fra kontaminert

⁵⁷ CAS 2011/A/2384 UCI v. Alberto Contador Velasco & RFEC, CAS 2011/A/2386 WADA v. Alberto Contador Velasco & RFEC

kjøtt spist i Kina. DTTB valgte av den grunn å oppheve suspensjonen. Den internasjonale bordtennisorganisasjonen (ITTF) sluttet seg til avgjørelsen. I 2011 testet fem meksikanske fotballspillere positivt for clenbuterol. Det meksikanske fotballforbundet trodde imidlertid på spillernes teori om at stoffet stammet fra forurenset kjøtt og idømte ingen utelukkelse. WADA anket først avgjørelsen, men trakk senere anken grunnet troverdig informasjon om at kjøtt forurenset med clenbuterol er et omfattende problem i Mexico.

Det skulle tilsi at "Contador-saken" burde ha fått samme utfall. Det er imidlertid en vesentlig forskjell. Utøverne i de nevnte sakene hadde spist kjøtt i Mexico og Kina, to land som har et omfattende problem med forurenset kjøtt. På bakgrunn av disse sakene gikk WADA gikk ut med en pressemelding som advarte utøvere om faren ved å spise kjøtt i Mexico og Kina. Kjøttet Contador spiste stammet derimot fra Spania, et land som ikke anses å ha et problem med forurenset kjøtt.

Contador anførte ingen bevis i forhold til å ha handlet uten skyld eller med ubetydelig skyld i forbindelse med regelbruddet. Følgelig ble han idømt to års utelukkelse, med fratrekk for en perioden på 5 måneder og 19 dager hvor han var suspendert.

Det er viktig å fremheve at det er ingen konkrete omstendigheter som tilsier at domsresultatet er galt. Tvert i mot virker det å være en særdeles grundig behandlet dom. Det er imidlertid en tankevekker at Contador fant det hensiktsmessig å sysselsette et så stort lag med forsvarere og sakkyndige for å forsøke å oppfylle bevisbyrden som i utgangspunktet "kun" er sannsynlighetsovervekt, og at han selv med slik omfattende bistand ikke klarte å oppfylle bevisbyrden.

Således kan saken være en indikasjon på at bevisbyrden som pålegges utøveren i praksis er høyere enn sannsynlighetsovervekt og dermed praktiseres for strengt.

8.3.4.3 Rettspraksis hvor utøveren har forsøkt å bevise ubetydelig skyld i forbindelse med hvordan det forbudte stoffet kom inn i utøverens kropp

Det er få tilfeller hvor en utøver vil ha ubetydelig skyld i forhold til å få i seg et "forbudt stoff". "Forbudte stoffer" regnes for å ha prestasjonsfremmende effekt og er ofte medikamenter som utøveren må injisere. Det skal dermed mye til for at en utøver får i seg et slikt stoff uten å ha til hensikt og skaffe seg en urettmessig konkurransefordel.

Det finnes imidlertid avgjørelser fra CAS hvor utøvere har forsøkt å bevise ubetydelig skyld i forhold til å ha fått i seg et "forbudt stoff". En sentral avgjørelse som behandler dette temaet er den såkalte "Hardy-saken".⁵⁸

Under USAs uttak til OL i Beijing kvalifiserte Jessica Hardy seg for det amerikanske OL-laget i svømming. Senere fikk Hardy vite at en av dopingprøvene som ble tatt av henne under uttaket var positiv for en liten mengde clenbuterol. I motsetning til Contador klarte Hardy å oppfylle bevisbyrden i forhold til hvor det "forbudte stoffet" stammet fra. Clenbuterol viste seg å være et avfallsstoff fra et kosttilskudd som Hardy hadde tatt jevnlig før den positive dopingprøven. At clenbuterol stammet fra kosttilskuddet var begge parter enig om.

Det var på det rene at kosttilskuddet ikke skulle inneholde clenbuterol eller noen andre stoffer som var oppført på dopinglisten. Kosttilskuddet var annonsert som et lovlig supplement og kunne ikke sies å være markert på noe måte som burde ha gjort Hardy suspect. Hun hadde forhørt seg med produsenten, treneren og lagets leger som alle gikk gode for kosttilskuddets kvalitet.

⁵⁸ CAS 2009/A/1870 World Anti-Doping Agency (WADA) v. Jessica Hardy & United States Anti-Doping Agency (USADA).

I tidligere rettspraksis⁵⁹ fra CAS har det imidlertid blitt fastslått at hvis en utøver tar et kosttilskudd vil det uansett være uaktuelt å la utelukkelsen på to år bortfalle i sin helhet. CAS fremhevet at Hardy hadde vært svært aktsom i forhold til å ta kosttilskuddet og at hun ikke hadde noen intensjoner om å skaffe seg en urettmessig konkurransefordel. Likevel kom CAS frem til at hun hadde vært uaktsom i det hun valgte å ta kosttilskuddet.

Vurderingen ble således om Hardys handling kunne sies å være under nivået for betydelig uaktsomhet og således føre til en nedsettelse av utelukkelsen på to år. Det ble vist til to kriterier i dommen med hensyn til om Hardys uaktsomhet kunne sies å være under nivået for betydelig uaktsomhet. Omstendighetene i saken må være virkelig eksepsjonelle og saken må ikke være som de fleste andre saker. En redusert utelukkelse kan for eksempel være aktuell hvor utøveren fastslår at årsaken til den positive testen var et vanlig kosttilskudd kjøpt fra en kilde som ikke hadde noen forbindelser til det forbudte stoffet og at utøveren ikke tok andre kosttilskudd. Kriteriene stammer fra de offisielle kommentarene i WADAC art. 10.5.2 og har vært lagt til grunn i tidligere rettspraksis fra CAS.⁶⁰ De ble ansett for å være oppfylt fullt ut i "Hardy-saken". Det resulterte i at Hardys utelukkelse ble redusert fra to år til ett år.

"Hardy-saken" illustrerer godt at det er tilnærmet umulig for en utøveren å få utelukkelsen til å bortfalle ved og bevise ingen skyld. Det hjalp ikke at Hardy hadde vært særs aktsom. I henhold til CAS vil det å ta et kosttilskudd alltid være uaktsomt. Muligheten til å få utelukkelsen redusert var imidlertid til stede. Det fremheves dog at reduksjon av utelukkelsen kun er forbeholdt de eksepsjonelle tilfellene. "Hardy-saken" er ett av få tilfeller hvor en utøver som har testet positivt for et "forbudt stoff" har fått utelukkelsen nedsatt.

Det er med andre ord en liten mulighet for utøveren å oppfylle bevisbyrden i forbindelse med å bevise ubetydelig skyld, og således kunne få utelukkelsen redusert. Det vil si at det

⁵⁹ CAS 2005/A/847 Hans Knauss v. FIS, award of 20 July 2005

⁶⁰ CAS 2005/A/847 Hans Knauss v. FIS, award of 20 July 2005

eksisterer en smal disculperingsadgang, noe som kan trekke i retning av at regelen ikke er i strid med uskyldspresumsjonen som følger av art. 6 (2).

8.3.4.4 Rettspraksis hvor utøveren har forsøkt å bevise ingen skyld i forbindelse med hvordan det "forbudte stoffet" kom inn i utøverens kropp

Det er enda færre tilfeller hvor en utøver vil være uten skyld i forhold til å få i seg et "forbudt stoff". Det faktum at det ikke eksisterer noen rettspraksis hverken fra CAS eller norske domsorganer hvor utøveren har fått utelukkelsen til å bortfalle grunnet ingen skyld styrker denne teorien. Det kan imidlertid ikke utelukkes at en utøver kan få i seg i et "forbudt stoff" uten å ha noe skyld. Er utøveren uten skyld i forhold til å få i seg et "forbudt stoff" skal hele utelukkelsen falle bort, jf. Nifl. § 12-9 (1).

WADA har gjort det klart at regelen skal praktiseres meget strengt. I kommentaren til WADAC 10.5.1 fremkommer det at det er kun i eksepsjonelle tilfeller det er aktuelt å la utelukkelsen bortfalle. Det er listet opp ett eksempel hvor det kan være aktuelt å la regelen komme til anvendelse. Utøveren må kunne bevise, tross all aktsomhet, at vedkommende ble sabotert av en konkurrent i forbindelse med regelbruddet.

Forbeholder domsorganene seg til kun å anvende regelen på faktum som tilsvarer "sabotasjeeksemplet" til WADA i kommentaren til WADAC 10.5.1 kan det tilsi at regelen praktiseres for strengt. Det er lite sannsynlig at "sabotasjeeksemplet" vil forekomme i praksis slik at eksemplet må sies å være mer teoretisk enn reelt.

Følgelig virker domsorganene å legge listen urimelig høyt i forhold til når bestemmelsen kommer til anvendelse. Det fører igjen til at det ikke eksisterer noen reell disculperingsadgang for utøveren i forhold til å bevise ingen skyld. Det trekker klart i retning av at regelen er i strid med uskyldspresumsjonen som følger av EMK art. 6 (2).

8.3.5 Andre konsekvenser skyldpresumsjonen har for utøveren

En annen konsekvens ved skyldpresumsjonen er at den gjør utøverne avhengig av omfattende bistand fra forsvarere og sakkyndige for å ha en reell mulighet til og oppfylle bevisbyrden.

To saker fra CAS illustrerer godt hvor omfattende bistand fra forsvarere og sakkyndige kan være i enkeltsaker. I "Contador-saken" engasjerte Contador et omfattende lag med forsvarere. Han brukte omlag 2 millioner euro i advokatutgifter i forbindelse med saken. I "Tysse-saken"⁶¹ mottok utøveren bistand fra flere sakkyndige som ønsket å hjelpe han på frivillig basis. De sakkyndige var av den oppfatning at det positive analyseresultatet ikke holdt vitenskapelig mål. De ønsket å hjelpe han med å bevise dette for å hindre urett. I motsetning til Contador hadde ikke Erik Tysse de samme økonomiske midlene til rådighet for å skaffe til veie sakkyndige. Han var avhengig av frivillig bistand for å kunne fremlegge et tilfredsstillende forsvar.

Det er rettsikkerhetsmessig betenkelig hvis en utøver er avhengig av økonomiske midler til å engasjere flere forsvarere og sakkyndige eller er prisgitt å få slik bistand på frivillig basis for å kunne gjøre et reelt forsøk på å oppfylle bevisbyrden. Ikke alle idrettsutøvere vil ha denne muligheten i praksis.

8.3.6 Konklusjon

Det er viktig med en effektiv dopingbekjempelse for å nå målet om en ren og rettferdig idrett. At NIF har innført en skyldpresumsjon ved avlagt positiv dopingprøve for et forbudt stoff og således adgang til ilegge utøveren to års utelukkelse, er et effektivt middel for å nå dette målet. Det tilsier at den legislative begrunnelsen for skyldpresumsjonen er relativt sterk. Det taler følgelig for at regelen er holdt innenfor rimelighetens grenser.

⁶¹ CAS 2011/A/2353 Erik Tysse v. Norwegian Athletics Federation & International Association of Athletics Federations

Det foreligger imidlertid tegn på at disculperingsadgangen i forhold til å bevise ubetydelig skyld eller ingen skyld praktiseres for strengt. Rettspraksis fra CAS tilsier dog at det finnes en smal disculperingsadgang for utøvere til å bevise ubetydelig skyld. Således har utøveren mulighet til få utelukkelsen redusert. Utøverens mulighet til å få utelukkelsen til å bortfalle grunnet ingen skyld virker derimot å være praktisk umulig.

Slik skyldpresumsjonen praktiseres i dag holdes den ikke innenfor rimelighetens grenser. Disculperingsadgang for den anmeldte utøveren er meget smal i forhold til å bevise ubetydelig skyld og er ikke reell i forhold til å bevise ingen skyld. Det resulterer i at skyldpresumsjonen må sies å være i strid med uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 (2).

9 Diskvalifikasjon

9.1 Innledning

Diskvalifikasjon er en handling som blir pålagt en utøver som har avlagt en positiv dopingprøve under en konkurranse. Det gjøres et skille både i Nifl. og WADC mellom diskvalifikasjon fra en enkeltkonkurranse og diskvalifikasjon fra en konkurranse definert som et stevne.

9.1.1 Diskvalifisering fra en enkeltkonkurranse

Avlegger utøveren en positiv dopingprøve under en konkurranse medfører det automatisk tap av premier, mesterskap og resultater fra den aktuelle konkurransen, uten noen form for domsbehandling, jf. Nifl. § 12-7. Diskvalifikasjon fra en enkeltkonkurranse er den eneste automatiske sanksjonen som pålegges utøveren som følge av det objektive ansvaret i Nifl. § 12-4 (1). Mens utøveren kan forsøke å bevise manglende skyld eller ubetydelig skyld for å få utelukkelsen til å bortfalle eller nedsatt er skyld irrelevant i forhold til diskvalifikasjon fra en enkeltkonkurranse.

Diskvalifisering fra den aktuelle konkurransen blir ilagt av idrettsforbundet, som er arrangør av konkurransen. Det er ikke mulig for utøveren å anke diskvalifisering. Utøveren har likevel enkelte rettigheter. Utøveren kan for eksempel alltid be om analyse av B-prøven og har rett til å være til stede ved denne analysen, jf. Nifl. § 12-13 (1).

9.1.2 Diskvalifisering fra stevner

Det er gjort et skille mellom diskvalifikasjon fra stevner og enkeltkonkurranser. Et stevne er en konkurranse som består av flere enkeltkonkurranser, for eksempel verdensmesterskap i svømming eller OL.

Regelen om diskvalifikasjon fra et stevne er et resultat av dopingskandalen fra OL i Salt Lake City i 2002. Langrennsløperne Johann Mühlegg, Olga Danilova og Larissa Lazutina vant gull og oppnådde flere gode resultater under lekene. De avla positive dopingprøver i forbindelse med en enkeltkonkurranse og ble følgelig diskvalifisert fra denne enkeltkonkurransen. De beholdt imidlertid i utgangspunktet medaljene og resultatene fra de resterende øvelsene i mesterskapet. I ettertid kom det frem at Lazutina også hadde avlagt en positiv dopingprøve før OL. CAS avsa dom⁶² som opprettholdt en tidligere avgjørelse fra IOC executive board⁶³ om at hun ikke skulle ha fått deltatt i OL. Det resulterte i at IOC executive board i 2003 fastslo at hun måtte diskvalifiseres fra samtlige øvelser under OL og levere tilbake medaljene.

For å få Mühlegg og Danilova diskvalifisert fra samtlige øvelser engasjerte den norske og canadiske olympiske komité seg. De fremmet hver sin sak for CAS. Ettersom sakene var tilnærmet juridisk identiske, ble de slått sammen. I 2003 avsa CAS dom⁶⁴ som fastslo at Danilova måtte diskvalifiseres fra alle øvelsene under lekene. IOC executive board avsa

⁶² CAS 2002/A/370 L. / International Olympic Committee (IOC), award of 29 November 2002

⁶³ IOC executive board er det øverste styringsorganet innen IOC. Det tar de viktigste beslutningene som angår IOC.

⁶⁴ CAS 2002/O/373 Canadian Olympic Committee (COC) & Beckie Scott / International Olympic Committee (IOC), award of 18 December 2003

deretter en avgjørelse som var i tråd med dommen. Det resulterte i at også Mühlegg ble diskvalifisert fra samtlige øvelser og måtte levere tilbake medaljene.

På bakgrunn av disse hendelsene ønsket WADA en klarere regel i forhold til adgangen til å diskvalifisere en utøver fra samtlige konkurranser under et stevne. WADA innførte art. 10.1 i WADC.

Utøveren blir fortsatt automatisk diskvalifisert fra enkeltkonkurransen under stevnet vedkommende avla den positive dopingprøven. Det blir imidlertid foretatt en vurdering om utøveren også skal diskvalifiseres fra de andre konkurransene vedkommende har deltatt i under stevnet. Vurderingen gjøres ikke av arrangøren av stevnet. Det er en skjønnsmessig vurdering som gjøres under domsbehandling, jf. Nifl. § 12-8 (1) 1. pkt. og WADC 10.1. Utøveren har mulighet til å beholde resultatene fra konkurransene under stevnet hvor vedkommende ikke har avlagt en positiv dopingprøve. Utøveren må bevise manglende skyld samt at den positive dopingprøven ikke har påvirket de øvrige resultatene under stevnet, jf. Nifl. § 12-8 (1) 2. pkt. og WADC art. 10.1.1.

9.1.3 Hvorfor skille mellom diskvalifikasjon fra en enkeltkonkurranse og stevner?

Skillet mellom diskvalifikasjon fra en enkeltkonkurranse og stevner er gjort fordi WADA og NIF er av den oppfatning at diskvalifisering fra et stevne anses for å være mer inngripende for utøveren. I motsetning til diskvalifisering fra enkeltkonkurranser blir diskvalifisering fra stevner kategorisert både i WADC art. 10.1 og Nifl. § 12-8 som sanksjoner. Diskvalifikasjon fra en enkeltkonkurranse anses derimot å være så lite inngripende at det kan ilegges på et helt objektivt grunnlag, uten at noen rettslige prinsipper er til hinder.

I utgangspunktet vil det utvilsomt være mer inngripende for en utøver å bli diskvalifisert fra alle øvelsene under ett stevne, enn kun en øvelse. I praksis vil det imidlertid kunne vise seg å ikke være så stor forskjell.

En utøver som avlegger en positiv dopingprøve vil bli stigmatisert som "doper" og alle de negative konsekvensene det medfører vil forfølge utøveren i lang tid uavhengig om utøveren diskvalifiseres fra en øvelse eller hele stevnet. Om utøveren blir diskvalifisert fra en enkeltkonkurranse eller hele stevnet vil markedsverdien til utøveren og mulighetene til å knytte til seg sponsorer i fremtiden trolig svekkes i tilnærmet lik grad.

Det tilsier at de praktiske konsekvensene for utøveren mellom å bli diskvalifisert fra en enkeltkonkurranse og fra hele stevnet ikke er så store i praksis. Dermed virker den manglende prøvingsadgangen for diskvalifikasjon fra en enkeltkonkurranse lite gjennomtenkt.

9.2 Er diskvalifisering fra en enkeltkonkurranse en sanksjon?

Diskvalifisering fra en enkeltkonkurranse ilegges på et objektivt grunnlag, uten domsbehandling. Det gjør at diskvalifiseringen kan stride mot retten til å få saken prøvd for en domstol og uskyldspresumsjonen, jf. EMK art. 6 (1) og art. 6. (2). For at disse bestemmelsene skal kunne komme til anvendelse må diskvalifisering fra en enkeltkonkurranse anses som en sanksjon. Det vil si at selve retten til et resultat i en enkeltkonkurranse må anses å være en "civil right" og at fratakelse av et slikt resultat anses å være en sanksjon. Diskvalifiseringen vil således være en form for rettighetstap. I EMDpraksis har rettighetstap som regel blitt ansett for kun å være en "civil right". Rettighetstap har imidlertid i noen saker også blitt ansett for å være en "criminal charge". Blir diskvalifisering å anse som et rettighetstap og en "criminal charge" vil EMK art. 6 (2) kunne komme til anvendelse.

Diskvalifisering fra en enkeltkonkurranse kategoriseres ikke som en sanksjon hverken i WADC eller Nifl. Det kategoriseres i WADC art. 9 under overskriften "Automatic disqualification of individual result" og i Nifl. § 12-7 under overskriften "automatisk tap av premier, mesterskap og resultater".

Formålet med diskvalifikasjon fra en enkeltkonkurranse er ikke å straffe utøveren. Det er kun en handling som fratar utøveren en urettmessig konkurransefordel. Diskvalifikasjonen

anses ikke for å være en sanksjon, men en nødvendig handling som utføres av hensyn til de andre rene utøvernes rettferdighetsfølelse. Rettspraksis⁶⁵ fra CAS fremhever at det er uproblematisk å ilegge diskvalifikasjon fra en enkeltkonkurranse selv om utøveren ikke har noe skyld i forbindelse med den positive dopingprøven. Det har resultert i at norsk og internasjonal idrettsjus virker å være av den oppfatningen at det ikke finnes noe rettslig grunnlag for å motsi en diskvalifikasjon fra en enkeltkonkurranse. Garantiene for å få saken prøvd for en domstol og uskyldspresumsjonen som følger av EMK art. 6 (1) og (2) kommer således i utgangspunktet ikke til anvendelse.

Det er imidlertid interessant å merke seg at før innføringen av WADC virker oppfatningen å ha vært at diskvalifikasjon ble ansett å være en sanksjon som utøveren hadde adgang til å anke. I Anti-dopingkonvensjonen fra 1989 fremheves følgende i et vedlegg⁶⁶ til konvensjonen:

”The provisions of Article 7.2.d. iii (paragraph 69.c above) should not be interpreted as interfering with the right and duty of sports organisations to organise and prepare for their events properly and fairly. The power to order the disqualification of a sportsman - whether from a result obtained in competition or suspension from future events in that competition, or as a result of an out-of-competition control - is a necessary power, if only to ensure that athletes who do not use dope can participate in fair and equal competition. If a convicted athlete wishes to appeal, he may do so, after the competition, but the power of the sports organisation to order its affairs may be likened to those powers which enable courts to grant injunctions, temporary or otherwise”.

⁶⁵ CAS 2002/A/376 Baxter / International Olympic Committee (IOC), award of 15 October 2002, pkt. 7

⁶⁶ ”Explanatory report” pkt. 70.

I dag finnes det imidlertid ingen ankemulighet hverken i WADC eller i Nifl. for utøveren som har blitt ilagt diskvalifikasjon fra en enkeltkonkurranse. Det virker således å ha vært en dreining bort fra å anse diskvalifisering fra en enkeltkonkurranse som en sanksjon som kan etterprøves.

Denne tankegangen står dårlig i stil med den profesjonelle idrettens utvikling. Flere utøvere har i dag mulighet til kun å satse mot en enkeltkonkurranse under et sentralt mesterskap som for eksempel OL eller VM grunnet de store økonomiske midlene som er knyttet til disse arrangementene. Suksess for en utøver under et slikt arrangement vil kunne bety økonomisk trygghet og sikring av fremtidig satsing på idretten. En diskvalifikasjon fra en enkeltkonkurranse under et slikt arrangement vil derimot kunne resultere i at eventuelle sponsoravtaler med næringslivet vil bli hevet, jf. Nifl. § 13-3 5. ledd og fremtidige inntekter uteblir. Utøverens private sponsoravtaler har også som regel en klausul i forhold til at utøveren må tilbakebetale sponsormidler ved diskvalifikasjon grunnet avlagt positiv dopingprøve. Utøveren vil trolig også finne det vanskelig å knytte til seg sponsorer i fremtiden. En diskvalifikasjon fra en enkeltkonkurranse under et sentralt idrettsarrangement vil således kunne sette en effektiv stopper for utøverens idrettskarrieren og må dermed kunne sies å være særdeles inngripende.

9.2.1 Konklusjon

Det er vanskelig å anse diskvalifisering fra en enkeltkonkurranse under et sentralt idrettsarrangement som noe annet enn en sanksjon ettersom diskvalifiseringen kan få så inngripende negative konsekvenser for en toppidrettsutøver. Det leder over til spørsmålet om rettsikkerhetsgarantiene som følger av EMK art. 6 (1) og 6 (2) kommer til anvendelse ved illeggelse av diskvalifisering fra en enkeltkonkurranse.

9.3 Kommer EMK art. 6 (1) til anvendelse i dopingsaker hvor en utøver blir diskvalifisert fra en enkeltkonkurranse?

9.3.1 Gjelder kun ved avgjørelsen av saken

Diskvalifikasjon kan minne om en administrativ avgjørelse og ikke en endelig dom i saken, men ettersom utøveren ikke har mulighet til å få avgjørelsen overprøvd vil den imidlertid være rettslig bindende.

9.3.2 Avgjørelsen må angå en seriøs tvist

EMK art. 6 (1) kommer kun til anvendelse i saker som omhandler en seriøs tvist. Det vil si saker som omhandler fullstendige inngrep i en rettighet, men også i tvister om midlertidig suspensjon av en rettighet.

Diskvalifikasjon fra mindre idrettskonkurranser vil imidlertid i de fleste tilfeller ikke være særlig inngripende for utøveren. Foruten at utøveren blir fradømt resultatet i den aktuelle idrettskonkurransen vil diskvalifikasjon få begrensede negative virkninger. Det gjør at en diskvalifikasjon i utgangspunktet ikke kan sies å oppfylle vilkåret om at avgjørelsen må angå en seriøs tvist.

Diskvalifikasjon fra en enkeltkonkurranse under et sentral internasjonal konkurranse som for eksempel OL eller VM må imidlertid være unntaket. Det er liten tvil om at en diskvalifikasjon fra en enkeltkonkurranse under et slikt idrettsarrangement vil være en seriøs tvist for den det angår ettersom det vil kunne få omfattende negative økonomiske og personlige konsekvenser for utøveren.

9.3.3 "Civil right"

EMD har lagt til grunn at EMK art. 6 (1) kommer til anvendelse i en rekke forvaltningsrettslige saker, blant annet i saker som omhandler inngrep i eiendomsretten, sosiale støtteordninger og rettighetstap.

Det er sannsynligvis mest naturlig å vurdere en diskvalifisering fra en enkeltkonkurranse opp mot kategorien rettighetstap. Grunnen er at ved en diskvalifisering taper utøveren retten til det oppnådde resultatet i den aktuelle konkurransen. I vurderingen av om noe er å anse som et rettighetstap følger det av EMDpraksis⁶⁷ at de økonomiske konsekvensene for den som rammes er et sentralt moment.

Å anse en diskvalifikasjon som et rettighetstap virker kanskje noe søkt. I de fleste tilfeller vil det være en såpass mild reaksjon at det vanskelig kan kalles et rettighetstap. For en profilert toppidrettsutøver som blir diskvalifisert fra enkeltkonkurranse under et sentralt idrettsarrangement vil det dog være noe annerledes. Diskvalifisering vil være et inngripende rettighetstap med store økonomiske konsekvenser og i verste fall kroken på døren for den fremtidige idrettskarieren for utøveren. At rettighetstapet kan få store negative økonomiske konsekvenser for den det rammer har vært et avgjørende moment i flere EMDavgjørelser i forhold til om rettighetstapet må anses å være en "civil right", jf. EMK art. 6 (1).

9.3.4 Konklusjon

Diskvalifikasjon fra en enkeltkonkurranse under et sentralt idrettsarrangement vil være meget inngripende for en toppidrettsutøver. Avgjørelsen vil være rettslig bindende og utøveren har ikke adgang til å få den overprøvd. Det taler følgelig for at en diskvalifikasjon fra en enkeltkonkurranse under et sentralt idrettsarrangement må anses å være en "civil right" og at EMK art. 6. (1) derfor kommer til anvendelse.

⁶⁷ Benthem-dommen, Series A No 97 1986 og Tre Traktörer AB-dommen, Series A No 159 1989.

9.4 Er diskvalifisering av en utøver fra en enkeltkonkurranse i strid med EMK art. 6 (1)?

9.4.1 "Tribunal"

Idrettsarrangøren har ikke noe rettslig funksjon ved måten diskvalifikasjonen ilegges på ettersom det ikke er lagt opp til noe kontradiktorisk domsprosess. Følgelig er det mer naturlig å omtale idrettsarrangøren som et administrativt organ enn et domsorgan som oppfyller kravet til "tribunal" i EMK art. 6 (1).

9.4.2 Prøvingskompetansen

Med prøvingskompetanse har EMDpraksis⁶⁸ lagt til grunn at domsorganet må ha kompetanse til å prøve alle sider ved saken.

Ettersom en positiv dopingprøve medfører automatisk diskvalifikasjon, har ikke idrettsarrangøren anledning til å prøve hverken rettslige eller faktiske sider i forbindelse med den diskvalifikasjonen. Avgjørelsen bærer derfor preg av å være en administrativ avgjørelse. EMK art. 6 (1) er imidlertid ikke til hinder for en forutgående administrativ saksbehandling, hvis bare den beskyttede deretter kan bringe saken inn for et domsorgan med full prøvingskompetanse.⁶⁹

Selv om utøveren ved en senere domsbehandling klarer å bevise at han ikke hadde noe skyld i forbindelse med den positive dopingprøven, vil diskvalifikasjonen fra idrettsarrangøren alltid stå ved lag. Avgjørelsen er dermed rettslig bindende ettersom utøveren ikke har mulighet til å få den etterprøvd.

9.4.3 Delkonklusjon

Idrettsarrangøren oppfyller ikke kravet om å være et domsorgan, "tribunal". Det samme gjelder prøvingskompetansen ettersom idrettsarrangøren ikke har adgang til å prøve alle

⁶⁸ Albert og Le Compte-dommen, Series A No 58 1983 para. 29.

⁶⁹ Se pkt. 6.2.2.3

sider ved saken og domsorganet ikke har adgang til å etterprøve diskvalifikasjonens rettmessighet. Det vil si at bestemmelsen om diskvalifikasjon fra en enkeltkonkurranse i Nifl. § 12-7 i utgangspunktet er i strid med retten til å få saken prøvd for en domstol, jf. EMK art. 6 (1). Det er imidlertid adgang til å ha regler som utgjør begrensninger i rettighetene som følger av EMK.⁷⁰ Følgelig blir det av interesse å finne ut av om det er adgang for idretten til å ha en regel om automatisk diskvalifikasjon fra en enkeltkonkurranse som utgjør en begrensning i en utøvers rett til å få saken prøvd for en domstol, jf. EMK art. 6 (1)

9.4.4 Adgangen til å regler som innskrenker menneskerettighetene

Regelen som utgjør begrensningen må være underlagt proporsjonalitetsprinsippet. Det vil si at det må være en forholdsmessig balanse mellom de negative konsekvensene regelen vil ha for utøveren og fordelene regelen tilfører idretten. Regelen må også anses for å være en nødvendig regel. For å finne ut av om regelen er holdt innenfor rimelighetens grenser må det foretas en proporsjonalitetsvurdering.

9.4.5 Proporsjonalitetsvurdering

Under proporsjonalitetsvurderingen vil det bli gjort rede for den legislative begrunnelsen for diskvalifikasjonsregelen som her utgjør et unntak fra retten til å få prøvd saken for en domstol, jf. EMK art. 6 (1). Hovedmomentet i denne vurderingen vil være om diskvalifikasjonsregelen kan sies å være av allmenn interesse. Ettersom det er tale om en idrettsregel vil imidlertid idretten selv kunne definere hvilke interesser som er viktig å ivareta. Idrettens interesser må dog avveies i forhold til hvilke negative konsekvenser regelen vil kunne få for utøverens rettigheter.

9.4.6 Begrunnelsen for diskvalifiseringsregelen i norske dopingsaker

Hovedbegrunnelsen for å ha en automatisk diskvalifiseringsregel er hensynet til de andre konkurrentene. For de rene konkurrentene vil det trolig være likegyldig om utøveren som har testet positivt under konkurransen hadde skyld i forholdet eller ikke. Det eneste som

⁷⁰ Se pkt. 7

trolig er av betydning for de rene konkurrentene er at konkurransen er rettferdig, at det konkurreres på like vilkår. For å sikre at konkurransen skjer på like vilkår har idretten bestemt at det er nødvendig med en automatisk diskvalifiseringsregel. En diskvalifiseringsregel regnes for å være en konkurranseregulering. Konkurranseregler er et eget regelsett som kommer til anvendelse i idrettskonkurranser. Hovedhensynet bak konkurransereglene er at det skal kunne tas raske avgjørelser slik at det kan konkurreres på like vilkår, samt at konkurransen får et endelig resultat. En er således avhengig av at arrangøren av den aktuelle konkurransen kan ilegge en diskvalifikasjon raskt, uten noen form for domsbehandling, så fort en utøver har avlagt en positiv dopingprøve. Dette taler således for at det er en sterk legislativ begrunnelse for å ha en regel om automatisk diskvalifisering fra enkeltkonkurranser ved avlagt positiv dopingprøve.

9.4.7 Konsekvenser diskvalifiseringsregelen kan få for utøveren

Det er flere negative konsekvenser en automatisk diskvalifisering fra en enkeltkonkurranse kan få for utøveren.⁷¹

For en utøver som klarer å bevise ingen skyld i forbindelse med den positive dopingprøven og får utelukkelsen til å bortfalle kan det virke særdeles urimelig at resultatet fra den aktuelle konkurransen ikke blir stående.

En annen urimelig konsekvens ved diskvalifikasjonsregelen er de tilfellene hvor det er avlagt positiv dopingprøve, men det er beviselig at utøveren ikke har hatt noen konkurransefordel. Utøvere som har testet positivt for "særskilte stoffer" har som regel ikke oppnådd noen konkurransefordel, fordi "særskilte stoffer" ikke har noen direkte prestasjonsfremmende effekt. Det vil også være tilfeller hvor utøveren har testet positivt for "forbudte stoffer" som i utgangspunktet skal være prestasjonsfremmende, hvor det kan bevises at utøveren ikke har hatt noen konkurransefordel. Det kan for eksempel være fordi mengden av det forbudte stoffet er så lite at det ikke gir noen prestasjonsfremmende effekt.

⁷¹ Se pkt. 9.2

Det var tilfellet i "Contador-saken".⁷² I disse sakene svekkes argumentet om at utøveren må diskvalifiseres av hensyn til at det skal konkurreres på like vilkår, ettersom utøveren ikke har oppnådd noen konkurransefordel og således har konkurrert på like vilkår.

9.4.8 Konklusjon

At alle utøvere skal konkurrere på like vilkår. At rettferdighetsfølelsen til konkurrentene må ivaretas samt at en konkurransen raskt må få et endelig resultat, er momenter som taler for at diskvalifikasjonsregelen er holdt innenfor rimelighetens grenser. Med tanke på de store negative konsekvensene en diskvalifikasjon fra en enkeltkonkurranse under et sentralt idrettsarrangement kan få for utøveren kan det virke urimelig at utøveren ikke har adgang til å få prøvd diskvalifikasjonen.

Det er vanskelig å se noen tungtveiende argumenter mot at utøveren ved den senere domsprosessen som avgjør om utøveren blir idømt en utelukkelse kunne ha fått prøvd diskvalifikasjonen. En slik prøvingsadgang eksisterer for diskvalifikasjon fra et stevne og burde kunne innføres uten store vanskeligheter. En slik prøvingsadgang hadde styrket rettsikkerheten til den diskvalifiserte utøveren uten at det hadde heftet konkurrentene med betydelige negative konsekvenser. Det taler for at diskvalifiseringsregelen som følger av Nifl. § 12-7 ikke kan sies å være en regel innenfor rimelighetens grenser. Følgelig må regelen sies å være i strid med utøverens rett til å få saken prøvd for en domstol, jf. EMK art. 6 (1).

9.5 Kommer EMK art. 6 (2) til anvendelse i dopingsaker hvor en utøver blir diskvalifisert fra en enkeltkonkurransen?

Et rettighetstap har i EMDpraksis⁷³ som regel falt inn under begrepet "civil right". Det vil si at kun garantiene etter EMK art. 6 (1) har kommet til anvendelse. Rettighetstap har

⁷² CAS 2011/A/2384 UCI v. Alberto Contador Velasco & RFEC

CAS 2011/A/2386 WADA v. Alberto Contador Velasco & RFEC, pkt. 507

⁷³ Tre Traktörer AB-dommen, Series A No 159 1989, Pudas-dommen, Series A No 125A 1988 para. 31

imidlertid også i noen saker blitt ansett å være en ”criminal charge”. I en EMDavgjørelse⁷⁴ ble inndragning av førerkortet for en 18 måneders periode ansett av EMD for å være et såpass alvorlig tiltak at det måtte regnes for å være en ”criminal charge”.

Diskvalifisering av en toppidrettsutøver fra en sentral internasjonal konkurranse uten at utøveren har mulighet til å forsøke å bevise sin uskyld vil utvilsomt være et alvorlig tiltak for vedkommende. Det må trolig kunne sies å være mer inngripende enn en midlertidig inndragning av et førerkort. Det tilsier at det kanskje ikke er så søkt å anta at diskvalifisering kan falle inn under begrepet ”criminal charge” i EMK art. 6 (1) og (2).

Spørsmålet om diskvalifikasjon kan anses å være en ”criminal charge” beror på ”Engel-kriteriene”.

9.5.1 ”Nasjonal klassifikasjon”

En diskvalifisering fra en konkurranse for brudd på Nifl. § 12-4 (1) er ikke å anse som straff etter norsk rett. Følgelig blir det en vurdering om ”Engel-kriteriene” 2 og 3 er oppfylt.

9.5.2 ”Lovbruddets karakter”

Det sentrale er om sanksjonen har som formål å straffe eller om det er en reaksjon som blir ilagt på et rent objektivt grunnlag uten noe pønalt formål. WADC art. 9 og Nifl § 12-7 kategoriserer ikke diskvalifisering fra enkeltkonkurranser som en sanksjon. I motsetning til to års utelukkelse er ikke diskvalifisering ment å være en straffesanksjon.

Diskvalifisering fra enkeltkonkurranser blir besluttet av den aktuelle arrangøren av konkurransen og avgjørelsen blir tatt på et helt objektivt grunnlag uten noe form for pønalt formål.

⁷⁴ Nilsson v. Sweden (Application no. 73661/01), 13. Desember 2005

9.5.3 "Innholdet og alvoret av sanksjonen"

For det første er det et spørsmål om hva reaksjonen består i og for det andre hvor alvorlig sanksjonen er. Reaksjonen består i å diskvalifisere utøveren fra den aktuelle konkurransen hvor utøveren har avlagt en positiv dopingprøve. Reaksjonen er ikke ment å være et straffetiltak mot utøveren, men en naturlig handling som må gjennomføres av hensyn til de andre rene utøverne i konkurransen. Diskvalifisering fra en øvelse under et sentralt idrettsarrangement kan imidlertid få svært alvorlige konsekvenser for en toppidrettsutøver.

9.5.4 Konklusjon

Diskvalifisering har ikke noe pønalt formål ved seg. Ved å ilegge en diskvalifisering har idretten kun som formål å sikre at utøvere konkurrerer på like vilkår. Følgelig kan det vanskelig sies at ett av "Engel-kriteriene" er oppfylt i forhold til å anse diskvalifisering som straff. En kumulativ effekt av de ulike "Engel-kriteriene" kan imidlertid føre til at kriteriene likevel må anses oppfylt. Det er imidlertid ikke tilfellet her ettersom en diskvalifisering trolig faller utenfor kategoriene av reaksjoner EMD har definert som "criminal charge" etter EMK art. 6 (2).

10 Avsluttende bemerkninger

Oppgaven viser at idrettens regler om objektivt ansvar, skyldpresumsjoner og bevisbyrde på visse områder strider med EMK art. 6. Toppidretten har blitt mer profesjonalisert, rettsliggjort og ikke minst økt i økonomisk omfang. Mye kan derfor tyde på at tiden er moden for at systemet endres.

10.1 En mer rettsikker prosess

For at det idrettslige rettssystemet skal endres i tråd med oppgavens synspunkter, må NIF først anerkjenne at EMK kommer til anvendelse. Domsorganene må videre endre praksis slik at utøveren som har testet positivt på et "forbudt stoff" får en reell mulighet til å bevise sin uskyld. NIF må også anerkjenne at en diskvalifikasjon fra en sentral idrettskonkurranse

er en sanksjon og gi utøveren adgang til å få prøvd diskvalifikasjonen for et domsorgan. Resultatet av å innføre disse endringene er en mer rettsikker prosess og økt rettsikkerhet for utøveren.

En mer rettsikker prosess forutsetter imidlertid visse endringer på det medisinske området. Det er vesentlig at muligheten minskes for at utøvere som ikke har inntatt et dopingmiddel blir sanksjonert. Flere saker⁷⁵ indikerer at det er stor faglig uenighet om hva dopingprøver beviser. Hvilke endringer som må gjøres blir det imidlertid vanskelig å uttale seg om ettersom et kvalifisert svar vil bero på inngående medisinsk kunnskap.

Endringer som innebærer en større grad av rettsikkerhet har også negative konsekvenser. Rettsprosessen vil bli mer omfattende og dermed vil de økonomiske utgiftene øke. Grunnet en større mulighet til å bevise sin uskyld vil sannsynligvis færre utøvere bli dømt. Således vil den preventive effekten kunne minke. En mer rettsikker prosess kan imidlertid åpne for nye muligheter til å effektivisere kampen mot doping og således likevel vise seg å være hensiktsmessig.

10.2 Lengre utelukkelse

*"Innfør gjerne dødsstraff i dopingsaker, men garanter først at ingen uskyldige blir dømt."*⁷⁶

En aktuell diskusjon som ofte oppstår i kjølevannet av dopingsaker er ønsket om å innføre strengere straffer i form av lengre utelukkelse. Grunnen er at mange dopingsyndere returnerer til idretten i løpet av kort tid etter domsavsigelsen. Det får mange til å reagere.

Et moment i diskusjonen vedrørende utelukkelsens lengde er når startstidspunktet på utelukkelsesperioden skal begynne å løpe. Contador ble idømt to års utelukkelse. Han fikk

⁷⁵ F.eks. CAS 2011/A/2353 Erik Tysse v. Norwegian Athletics Federation & International Association of Athletics Federations

⁷⁶ Sitat Gunnar-Martin Kjenner, Dagbladet 12. oktober 2011.

fratrekk for 5 måneder og 19 dager, som var den tiden han var suspendert. Startstidspunktet CAS fastslo at utelukkelsesperioden skulle begynne å løpe var 25. januar 2011. Samme dag som det spanske sykkelforbundet (RFEC) idømte Contador en ettårig utelukkelse. RFEC trakk senere utelukkelsen ved Contadors ankesak. Det gjorde at Contador kunne konkurrere fra midten av februar 2011 og frem til domsavsigelsen i CAS. Likevel valgte CAS 25. januar 2011 som startdato for utelukkelsen. CAS har praksis for å fastsette startdatoen for utelukkelsen til tidligere enn domsavsigelsestidspunktet. Dermed kan Contador konkurrere igjen allerede den 5. august 2012.

Et annet moment er hvor lang selve utelukkelsen skal vare. Domsorganene anser to års utelukkelse som en rimelig sanksjon for førstegangsovertredelse av dopingreglene.⁷⁷ Innføring av lengre utelukkelse i dagens rettssystem ville trolig vært uforenelig med proporsjonalitetsprinsippet.

Når startstidspunktet for en utelukkelse skal begynne å løpe og hvor lang utelukkelsen skal vare vil ikke behandles nærmere i denne oppgaven. Jeg ønsker imidlertid kort å drøfte om det er grunnlag for å innføre lengre utelukkelse.

10.3 Kan en rettsikker prosess legitimere lengre utelukkelse?

En mer rettsikker prosess vil kunne gjøre det lettere å legitimere lengre utelukkelse, fordi muligheten for at uskyldige dømmes reduseres.

Lengre utelukkelse kan imidlertid ikke innføres uten videre. Utelukkelsen må være formålstjenelig og lengden må være forenelig med proporsjonalitetsprinsippet. Videre må det være en balanse mellom utelukkelsen og regelbruddet utøveren har begått. Det må også anses å være nødvendig å innføre lengre utelukkelse.

Med lengre utelukkelse vil idretten i større grad kunne kvitte seg med dopingsyndere. Ved å risikere lengre straffer vil det også ha en økt preventiv effekt. Historien viser at flere

⁷⁷ Se pkt. 8.1.1

utøvere blir tatt for dopingbruk gjentatte ganger. For å få disse utøverne utestengt fra idretten vil det være kostnadseffektivt å gjennomføre en rettsikker rettsprosess hvor en kan ilegge en lang utelukkelse enn flere rettsprosesser hvor en kun kan ilegge utelukkelse etter dagens nivå. Således må det kunne sies å være en god legislativ begrunnelse for å innføre lengre utelukkelse.

10.4 WADC 2013

WADC skal revideres i 2013. NIF og ADN skal utarbeide høringsuttalelser i forbindelse med revideringen. Håpet er at oppgaven kan bidra til å sette fokus på den anmeldte utøvers manglende rettsikkerhet i dopingsaker og inspirere NIF og ADN til å fremme endringsforslag i tråd med oppgavens synspunkter.

11 Lover og forarbeider

Lover

Lov om voldgift (voldgiftsloven) av 2004

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 1999

Lov om domstolene (domstolsloven) av 1915

Forarbeider

St.meld. nr.14 (1999-2000) Idrettslivet i endring

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)

EUs Charter om grunnleggende rettigheter. Art. 52

UNESCOs konvensjon om internasjonalt arbeid mot doping i idrett.
Paris, 19. oktober 2005

Europarådets antidopingkonvensjon. 19. september 1989

Idrettens regelverk

NIFs lov

WADC

CAS-koden

12 Domsregister

Høyesterett

Rt. 1995 s. 1111

Rt. 2003 s. 1100

Rt. 2002 s. 1007

Rt. 2007 s. 1217

Rt. 2010 s. 1121

NIFs domsutvalg

Sak 18/2010. NIFD-2010-18

Sak 3/2011. NIFD-2011-3

Sak 26/2005. NIFD-2005-26

Sak 9/2010. NIFD-2010-9

Idrettens Voldgiftsrett i Norge

Dom avsagt av Idrettens Voldgiftsrett 29. mars 2000

Den europeiske menneskerettsdomstol og Kommisjonen

X mot Nederland. Strasbourg. 3. mai 1983
Salabiaku mot Frankrike. Strasbourg. 7. oktober 1988
Engel m.fl. mot Nederland. Strasbourg. 8. juni 1976
Pudas mot Sverige. Strasbourg. 24. september 1988
James m.fl. mot UK. Strasbourg. 21. februar 1986
Tre Traktörer mot Sverige. Strasbourg. 7. juli 1989
Ringeisen avgjørelsen. Strasbourg. 16. juli 1971
Sramek mot Østerrike. Strasbourg. 23. oktober 1990
Feldbrugge mot Nederland. Strasbourg. 29. mai 1986
Deumeland mot Tyskland. Strasbourg. 29. mai 1986
Bentham mot Nederland. Strasbourg. 23. oktober 1985
H mot Belgia. Strasbourg. 30. november 1987
König mot Tyskland. Strasbourg. 28. juni 1978
Campbell-Fell mot UK. Strasbourg. 28. juni 1984
Le Compte, Van Leuven and De Meyere mot Belgia. Strasbourg. 23. juni 1981
Albert og Le Compte mot Belgia. Strasbourg. 10. februar 1983
Pham Hoang mot Frankrike. Strasbourg. 25. september 1992
Philips, Hardy mot Ireland. Strasbourg. 29. juni 1994
Falk mot Nederland. Strasbourg. 19. oktober 2004
Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic mot Sverige. Strasbourg. 23. juli 2002
Handyside mot UK. Strasbourg. 7. desember 1976
Nilsson mot Sverige. Strasbourg. 13. desember 2005
Jussila mot Finland. Strasbourg. 23. november 2006

Sveitsisk høyesterett

Gundel mot International Equestrian Federation (FEI). 15. mars 1993

CAS

UCI og WADA mot Hondo og sveitsiske olympiske komité. 10. januar 2006.

IRB mot Keyter. 13. oktober 2006

WADA mot Stanic og sveitsiske olympiske komité. 4 januar 2007.

Erik Tysse mot det norske og internasjonale friidrettsforbundet. 29. august 2011.

UCI mot Alberto Contador Velasco og det spanske sykkelforbundet (RFEC). 6. februar 2012.

WADA mot Jessica Hardy og USADA. 21. mai 2010.

Canadiske olympiske komité og Beckie Scott mot IOC. 18. desember 2003.

Hans Knauss mot FIS. 20. juli 2005.

L. mot IOC. 29. november 2002.

Baxter mot IOC. 15. oktober 2002.

13 Kilder

Bøker, hefter og artikler

Andersen, May-Britt og Monica Auberg. Idrettsutøveres rettssikkerhet i dopingsaker. Oslo, 1997

Idrett og jus. Gunnar-Martin Kjenner. 3. utgave. Oslo, 2004.

Aall, Jørgen. *Rettergang og menneskerettigheter*. Universitetsforlaget. Oslo, 1995

NIFs Lovutvalg. *Behandlede saker 1993 – 01.06.2003*. Oslo, 2003

Antidoping Norge. *Antidoping Norge – sammen for en ren idrett*. Oslo, 2006

Legal Opinion on the Conformity of Certain Provisions of the Draft World Anti-Doping Code with Commonly Accepted Principles of International Law. Gabrielle Kaufman Kohler and Giorgio Malinverni. Genève. 26. februar 2003

Doping aus verfassungsrechtlicher Sicht. Udo Steiner. Stuttgart, 2000.

Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 123, 3/2010. *Objektivt straffansvar – unntak fra skyldkravet i norsk strafferett og forholdet til uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 (2)*. Advokat cand. jur. Gemetchu Hika. Oslo 2010.

Artikkel i Dagbladet. *Dødsdom for doping*. Gunnar-Martin Kjenner. 12. oktober 2011.

Nettdokument

Antidoping Norge. *Antidoping Norges virksomhet*. Oslo 2012.

<http://www.antidoping.no/internett/antidoping-norge/virksomhet/>

CAS. *History of the CAS – Origins*. Lausanne 2011. <http://www.tas-cas.org/history>

World Anti-doping Agency. *World Anti-doping Code*. Canada 2010.

<http://www.wada-ama.org/en/World-Anti-Doping-Program/Sports-and-Anti-Doping-Organizations/The-Code/>

NIF. *Om NIF*. Oslo 2009. <http://www.nif.no>

World Anti-doping Agency. *WADA History*. Canada 2009.

<http://www.wada-ama.org/en/About-WADA/History/WADA-History/>

WADAs pressemelding om forurenset kjøtt i Kina og Mexico. Canada 2011. *Athletes must show caution due to contaminated meat*. [http://www.wada-ama.org/en/News-](http://www.wada-ama.org/en/News-Center/Articles/Athletes-must-show-caution-due-to-contaminated-meat/)

[Center/Articles/Athletes-must-show-caution-due-to-contaminated-meat/](http://www.wada-ama.org/en/News-Center/Articles/Athletes-must-show-caution-due-to-contaminated-meat/).

Alberto Contadors advokatutgifter. *Contador Faces \$6 Million Bill After Losing Doping*

Case. Madrid 2012. <http://mobile.bloomberg.com/news/2012-02-06/contador-faces-6-million-bill-after-losing-fight-to-save-2010-tour-title.html>.

IOC Executive board. Lausanne 2012. <http://www.olympic.org/executive-board>

Personlig meddelelse

Niels Kiær. E-post. 7. februar 2012

Henriette Hillestad Thune. E-post. 10. februar 2012

Mads Drange. E-post. 10. februar 2012

Ine Wigernæs. E-post. 26. mars 2012

Forkortelser

NIF Norges Idrettsforbund

WADA World Anti-doping Agency

WADC World Anti-doping Code

IOC International Olympic Comité

ADN Antidoping Norge

Nifl Norges Idrettsforbunds lov

